

# 取引開始時における優越的地位の濫用

舟 田 正 之

はじめに

I 諸 事 例

II 取引開始時と継続的取引の区別

III 優越的地位の「源泉」

IV 意思主義から取引力の規制へ

V 優越的地位濫用ガイドラインの検討

はじめに

(1) 優越的地位の濫用は、継続的取引において行われることが多いが、それとは別に、取引を新たに開始する際、取引条件設定に関し行われることがある。

その古典的な事例は、優越的地位の濫用に関する唯一の最高裁判決である、岐阜商工信用組合事件＝最判昭和52・6・20民集31巻4号449頁である。また、ドイツ等において1970年代から、大規模小売業者が、初めて取引する納入業者に対し、一定額の「取引開始金」(Eintrittsgeld od. Eintrittsverfügung)を徴収するという慣行が議論の対象となり、同様の問題は近年の英国等でも起こっている。新規取引開始時における濫用問題は、他にも散見されることは後述のとおりである(本稿Iの諸事例を参照)。

しかし、公正取引委員会(以下、「公取委」という)はこれまでこの種のタイプの濫用行為を規制したことはほとんどなかった(ただし、後述の三井住友銀行事件など参照)。学説の中にも、これに消極的な見解がみられる。また、特に近年の議論は、大規模小売業者と納入業者との取引に関して集中して行われており、これでは本問題を正確に捉えたことにはならない。新規取引開始時におけ

る濫用問題を看過することから、偏った一般論が展開されるようになっていると思われる。

本稿では、新規取引開始時、あるいは、1回限りの取引における濫用問題に関する公取委の消極的な法運用とそれを支持する見解を批判し、取引開始の際に行われる優越的地位の濫用に対しても法を適用すべきことを明らかにし、また、その際に問題となる要件、「優越的地位」、「公正競争阻害性」（不当性）、「不利益」等について再検討する<sup>1)</sup>。

\* 注の文献引用の際には、文末の文献リストにおいて、矢印（→）の後に示した略語を用いる。

(2) 検討の前に、優越的地位の濫用に関する規定を確認しておく。

独占禁止法（以下、「法」と略記）2条9項5号柱書は、「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、次のいずれかに該当する行為をすること」と定める。

本号が列挙するイ～ハのうち、イ・ロ（押し付け販売と協賛金・派遣店員の要求）は、従来、優越的地位の濫用として法適用されてきた典型行為を、昭和57年改正時に新たに明示的に書き出したものであって、本号ハが、これらを含む一般条項的な性格を有している。

本号イ・ロは、「継続して取引する相手方（新たに継続して取引しようとする相手方を含む。ロにおいて同じ。）に対して」としている。ここで「継続して取引する相手方に対して」という限定は、取引の相手方が不利益を要求されてもそれを受け入れるのは、取引を継続するためにはやむを得ないと判断するという状況において最も明確に現れるからである。

括弧書きで「新たに継続して取引しようとする相手方を含む」とされているのは、上記のような状況は、取引を実際に継続している最中だけでなく、新規に継続的な取引を開始するというときにも現れることが前提になっている。

---

1) この問題について、例えば、白石忠志=長澤哲也=伊永大輔 [2012]、日本経済法学会年報35号11頁以下（2014）所収の諸論文のうちいくつかには、疑問と思われる議論がなされているので、2015年、本稿の基となる小論をまとめ、私の個人HPにアップした。他方で、近年公にされた岡田外司博 [2014]、川濱昇 [2014]、長谷河亜希子 [2015a]、同 [2015b]、平山賢太郎 [2016] は、私の抱いた疑問点をほとんど払拭する内容のものであり、現時点での優越的地位の濫用規制に関する必読の論文であると考えられる。しかし、その後も継続的取引だけを念頭に置いた論考が出ているので、先の小論を基に本稿をまとめた。なお、優越的地位の濫用規制の要件に関する基本的な考察は、舟田 [2009] 17章を参照。

本号は、「取引の相手方」と表記するのみであり、継続して取引するか否かを問わないことが文言上も明らかである。これについて、公取委「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」(平成22年)(以下、「優越的地位濫用ガイドライン」と略記)第4, 3は、当然のことながら、継続的取引ではない場合も含めて記述している。

なお、優越的地位の濫用に対しては、平成21年改正によって、課徴金の対象行為となったが、課徴金納付命令の対象になるのは、「継続してするものに限る」とされている(法20条の6)。

## I 諸事例

### 1 即時両建のケース

#### (1) 岐阜商工信用組合事件

前記の岐阜商工信用組合事件は、零細企業である原告(X)が、被告(Y信用組合)から初めて融資を受ける契約を結び、その際にいわゆる即時両建預金を強制されたという事案である<sup>2)</sup>。

昭和20年代以降、金融機関が貸付に際して貸付額の一部を定期預金など拘束させる「両建預金」が広く行われた。貸付と同時に行われる場合、「即時両建(預金)」と呼ばれる。両建預金または広く「拘束預金」とも呼ばれるこの慣行の下で、預金者は預金を自由に引き出すことができなくなる。

Xは、Yから750万円を借り受ける旨の金銭消費貸借契約を締結したが、①750万円のうちから200万円を定期預金とする、②本件貸付とは別に400万円の貸付けを受け、その借受金を即時に定期預金することとされた。そのため、YのXへの名目貸付額は1150万円となり、ここから200万円と400万円の即

2) 本件については、下記に引用するもののほか、金子見ほか[1997]、吉原省三[1978]、金井貴嗣[1978]、杉浦市郎[1978]、韓都律[2012]等を参照。

本件原告は、融資を受けるため、他の金融機関にも打診したが、融資を拒否されるか、または本件被告と同様の即時両建の取引条件を提示され、やむなく要求に応じた。したがって、原告は当初から本件取引条件をよく理解していたが、経営が苦しく融資を受けるほかはなかったという状況だったようである。原告は、後に返済が苦しくなった段階で、これは民法上の「公序良俗」に反する、または優越的地位の濫用に当たり独禁法違反になるのではないかと気づいて、公取委に相談したが、当時の公取委担当官に取り上げてもらえなかったので、債務不存在確認を求めて提訴した、という経緯があったようである。

取引開始時における優越的地位の濫用（舟田正之）

時預金を控除すると、「実質貸付額」は550万円となる。

本件貸付では、利息日歩四銭（＝金利、年14.60%）の約定であったが、上記即時預金を考慮に入れた実質貸付額を前提にすれば、実質金利年17.1%で、当時の利息制限法所定の制限利率年15%を超える。

本件第1審判決・控訴審判決・上告審判決（最判）は、いずれも本件の取引条件は十分な物的・人的担保があること等も踏まえ、優越的地位の濫用に当たるとした。

「実質金利は、計算上年1割7分1厘8毛余であって、（舟田注：当時の）利息制限法1条1項所定の年1割5分の制限利率を超過するなどの事情が認められるのであるから、前記取引条件は、少なくとも、Yが実質貸付額550万円の貸付にあたり不法に高い金利を得る目的のもとにXに要求したものと認めるのが相当である」（本件最判）。

なお、本件については、本件行為が独禁法違反であることを前提に、本件契約の私法上の効力をどう解するかが争われ、多くの議論がなされてきたが、本稿ではこの点には触れない<sup>3)</sup>。

## （2）拘束預金・即時両建預金

本件において、Y（被告信用組合）がXに対し「優越的地位」にあることについては、戦後のわが国で長く続いた、金融機関とそこからの融資を希望する事業者の間の関係から、これを否定する議論は全くない。この点については、「戦後の高度成長時代を通じて企業の資金需要が大きく、その資金調達は大部分銀行に依存していたという事情が背景となる」<sup>4)</sup>。

拘束預金について議論がなされたのは、主として濫用行為（「相手方に不当に不利益な条件で取引すること」＝当時の一般指定10号）に関する不当説と過当説の対立についてであった<sup>5)</sup>。公取委は、1963年（昭和38年）、拘束預金が優越的地位の濫用に当たる疑いがあるとする不当説の立場を表明し（公取委警告昭和38・4・11<sup>6)</sup>）、その後毎年調査を行い、特殊指定の準備も行っていった。これ

3) 差し当たり、舟田 [2012]、およびそこに挙げた諸文献を参照。

4) 実方謙二 [1983] 311頁。

5) 不当説と過当説については、舟田 [1978]、奥島孝康 [1991]、久保欣哉 [1997] 等を参照。その他、拘束預金については多くの文献がある。差し当たり、田尾桃二 [1981]、岩原伸作 [1983]、実方謙二 [1983]、泉水文雄 [1987] の挙げる諸文献を参照。

6) 公正取引152号44頁、その説明として利部脩二 [1978] 参照。

に対し、金融業界の多くは、債権保全の必要性を超える場合にのみ不当であるとしていた(過当説)。旧大蔵省は、1951年(昭和26年)以降、拘束預金につき自粛を促す通達を早くから出していたが、1964年(昭和39年)衆議院大蔵委員会の特別決議を受け、数回にわたり自粛通達を出した。しかし、長く続いたこの慣行がその後も行われたことは、いくつかの判例からもうかがわれる<sup>7)</sup>。

### (3) 拘束預金の不当性

(i) 拘束預金が優越的地位の濫用に当たるか否かについては、前記のように、金融機関の「優越的地位」については異論なく認められていたが、「濫用」の有無については疑問視する議論もあった。

前記の過当説とは別に、拘束預金は、大蔵省による金利規制によって、どの金融機関でも、またどの融資先に対しても金利が一律とされており、それを潜脱するために用いられたのであるから、経済合理性が認められるという議論があった。金融機関の間には金利競争が実際にはあるのに、規制で無理に押さえつけるから、歩積み両建てが発生したのであって、これは合理的な競争行為であり、独禁法違反とすべきではない、という議論がなされた。

金利規制に限られず公的規制一般について、その政策的当否に関し議論が分かれること自体は当然であり、ここで当時の複雑な金利規制についての当否を論じることはできない<sup>8)</sup>。

(ii) 優越的地位の濫用規制に関する不当性(公正競争阻害性)については、一般論としては、対等な当事者間において通常付せられる取引条件か否かという抽象的な基準しかないと考えられる<sup>9)</sup>。ここで重要な点は、「対等な当事者間において通常付せられる取引条件」とは、全くの白紙の上での自由競争を念

7) 拘束預金に関する判例として、本件最判以前のものとして、鹿角信用組合事件=秋田地大館支判昭49・10・17判タ320号257頁、東京高判昭50・5・29週刊金融商事判例467号11頁、近畿相互銀行事件=大阪地判昭50・9・5金判489号40頁があり、本件最判以降は、八千代信用金庫事件=東京高決昭52・12・23判時880号27頁、第一勧業銀行事件=最判昭58・11・15金法1070号37頁、品川信用組合事件=東京地判昭59・10・25判時1165号119頁などがある。これらのうち、最後の事件だけが、独禁法違反とし、かつ公序良俗に反し無効とされている。

8) 金利規制とそれをめぐる諸議論については、龍田節 [1977]、岩原伸作 [1983]、およびそれらに挙げられている諸文献を参照。当時は、利息制限法、出資の受入、預り金及び金利等の取締等に関する法律、臨時金利調整法などのほか、日銀のガイドライン、各銀行協会における自主規制金利などがあった。

9) 根岸哲=舟田 [2015] 275頁。

頭におくのではなく、当該具体的な市場において公正と認められる取引による競争を想定すべきである、ということである。これは、「公正かつ自由な競争」秩序における「ベースライン」をどこにおくかという基本的視点にかかわることである。

上を前提とすれば、当時の金融機関による融資に関する公正な取引とは、利息制限法等の規制を前提にして考えるべきであろう。特に、利息制限法は借り手の利益を保護するという趣旨であるから、優越的地位の濫用の有無についても、これを踏まえた解釈がなされる必要がある。本件の拘束預金によって、実質利率が利息制限法所定の制限利率を超えていることは、不当性を認める重要な点であるといえよう。ただし、優越的地位の濫用規制の本旨に沿うとすれば、実質金利が利息制限法所定の率以下であっても、「その時々の中貸出金利と比較して、それより著しく高ければ、正常な商慣習に照らし不当に不利な条件というべきであろう」<sup>10)</sup>。

本件最高裁判決は、a. 「貸付金に対する実質金利を高める等の目的のもとに」として上の規制金利を超えることを重視し、さらに、b. 十分な担保があり債権保全の必要性のないこと、c. 拘束預金比率が大きく、総融資額の50%を超えていることも指摘して、優越的地位の濫用に当たるとした。

拘束預金のなかには外為取引上、債務者の利益になるような例外的ケースもあるとされ<sup>11)</sup>、独占禁止法上の不当性の判断に当たっても、債権保全などの金融機関にとっての事業上の必要性も考慮しなければならない、とも説かれているが、これら例外的ケースでは、金融機関（債権者）の利益ではなく、債務者の利益に資するものか否かの判断にかかっていると考えられる<sup>12)</sup>。

この例外的ケースについては措くこととすれば、貸付と同時にその一部をもって創設された拘束預金である即時両建については、債権保全のためとはいえ

---

10) 龍田節 [1977] 145 頁。

11) 最判昭和 58・3・8 金融法務事情 1025 号 47 頁、最判昭 58・11・15 金融法務事情 1070 号 37 頁等。これらでは、外為取引上の与信債務を担保するための拘束預金は、債務者の意思・利益にも合致している例外的場合とされた。

12) この点については、本判決よりも前の最高裁判決で、「単に事業者において右拘束条件をつけることが事業経営上必要あるいは合理的であるというだけでは、右の「正当な理由」があるとするはできない」、とされたことを想起しなければならない（第一次育児用粉ミルク（明治商事）事件＝最判昭和 50・7・11 民集 29 卷 6 号 951 頁）。ここで「事業者」とは、違反行為とされた拘束条件を付けて商品を供給するメーカー等である。

ず、もっぱら実質金利を人為的に高め、当該金融機関の貸し出し高を高く見せる効果（さらに、融資残高は特に現場の各支店の成績にも影響する）のみが認められるので、その不当性は明白である。大蔵省の行政指導においても、1976年（昭和51年）からの新ラウンドの指導においては、即時両建をすべて厳格な自粛措置の対象としているので、不当説の立場から、前記の本件最高裁判決はこれよりも後退していると批判されている<sup>13)</sup>。

(iii) 本稿のテーマにとって注目すべきことは、本件原告が、どの金融機関に融資を申し入れても断られるか、または、同様の拘束預金の要請をうけ、やむなく本件被告の取引条件を受け入れたという経緯である（前注2を参照）。当時の中小企業・零細企業にとって金融機関からの融資は、企業存続の必要条件であるという経営環境の下で、すべての金融機関が同様の優越的地位の濫用行為を行うことによって、取引の相手方は過酷な取引条件を強いられたということは明らかである。

#### (4) 損失補填

(i) 拘束預金は、既に過去の慣行となっており、上記の濫用の可否をめぐる議論にはこれ以上立ち入らないこととし、ここではこれと類似の事案として、いわゆる損失補填事件に触れておく。

損失補填事件とは、野村証券ほか4事件＝勧告審決平成3・12・2審決集38巻134頁において、当時の4大証券会社が「営業特金」と呼ばれた取引を行っている一部の大口顧客に対し、株取引による損失を補填したことが、証券取引における公正性を阻害するものであるとして、「不当な利益による顧客誘引」（一般指定9項）に当たるとされたものである<sup>14)</sup>。

4大証券会社がそろって、主幹事会社となるために損失補填をしていたという点で、前記の拘束預金と同様である。拘束預金も、当時、ほとんどすべての

13) 利部脩二 [1978]、実方謙二 [1983] 319頁等を参照。

14) 最判平成12・7・7民集56巻6号1767頁等も同旨（ただし、本判決は、証券会社には違法性の認識を欠いたことに過失がないとして、損害賠償責任を否定）。本判決については、長谷川新 [2001a]、長谷川新 [2001b]、黒沼悦郎 [2017]等を参照。なお、損失補填問題については、多くの研究があるが、前注で引用したもののほか、以下を参照。神崎克郎ほか [1991]、上村達男 [1993a]、上村達男 [1993b]、佐藤吾郎 [1994]、龍田節 [1997]、近藤光男＝吉原和志＝黒沼悦郎 [1999] 259頁以下、金融取引における公正 (fairness) の概念に関する法律問題研究会報告書 [1999]、長谷川新 [2010]、山下友信＝神田秀樹（編）（第3章第3節以下の後藤元執筆部分）。

金融機関が行っていたことは前述のとおりである。

損失補填は、証券会社が大口顧客に対し損失を補填することによって、当該顧客との取引を確保しようとする行為であるが、同じ損失補填を顧客の側から証券会社に対し強要すれば、優越的地位の濫用に当たると解される。

損失補填と拘束預金はいずれも、上記のように競争事業者の横並びの競争的慣行として行われていたという事情に注目すべきである。ここでは、継続的取引が新規の取引の開始かに関わりなく、当該行為が行われる環境があったのである。

(ii) 損失補填事件について、公的規制と独禁法の関係という観点から、さらに次の点を指摘しておく。

即時両建が公的規制によって抑制されながら、実際には広く行われていたという実態は、この損失補填事件でも同様に見られた。この間の経緯をみると、1989年、大和証券等の大手証券会社による巨額の損失補填が新聞報道され、大蔵省証券局長通達が発出され、これを受けて、日本証券業協会は公正慣習規則において、損失保証による勧誘や事後的な損失補填を慎む、とする規定を新設した。その直後の1991年、大手4大証券会社による巨額の損失補填が明らかになり、同年、公取委による勧告審決がなされ、翌92年の証取法改正において損失補填を明確に禁止する規定が新設された。

損失補填に係る個別の規制法とその運用においては、自粛ないし抑制されるべきだとされながら、法的には曖昧な行為であったものが、独禁法の目から見て「不当性」があり違法とされ、それをめぐる議論にも影響されて、個別の規制法においても法改正等によって違法と明確化されたという、規制と独禁法の関連をみることができる。

以上のように、即時両建と損失補填の両者において共通する事情として、問題になる前からそれぞれの行為について疑念が出され、監督行政庁も抑制する立場を表明しながら、公的規制法において明確に違法となっていない。しかし、いわば後出しともいえることであるが、大きな社会問題になった後から見れば、独禁法上の「不当」に当たるということにほとんど異論は出ていない。

不当な利益による顧客誘引と優越的地位の濫用は、ともに「不当な利益」、「不当な不利益」を要件としており、それらにおける不当性は、それぞれの事業に特有の法理念ないし制度趣旨から引き出された、という点で共通してい



る。損失保証・損失補填は証券市場における「公正」な価格形成を阻害する、また利息制限法では、経済的弱者の地位にある債務者の保護を目的とすることが、独禁法上の不当性の内容として捉えられたということである。先に、即時両建に関する独禁法上の不当性について、全くの白紙の上での自由競争を念頭におくのではなく、当該具体的な市場において公正と認められる取引による競争を前提にすべきであると述べたことが、ここでも当てはまる<sup>15)</sup>。

## 2 三井住友銀行（金利スワップ契約）事件

三井住友銀行（金利スワップ契約）事件＝勧告審決平成17・12・26 審決集52巻436頁において、三井住友銀行は、「融資先事業者に対して、融資に係る手続を進める過程において、金利スワップの購入を提案し、金利スワップの購入が融資を行うこととの条件である旨……を提案し、融資先事業者に金利スワップの購入を余儀なくさせる行為を行っている」ことは、優越的地位の濫用に当たるとされた<sup>16)</sup>。これを受けて、金融庁も、2006年（平成18年）4月27日、三井住友銀行に対して、半年間の金利系デリバティブ商品の販売勧誘停止などの行政処分を課した<sup>17)</sup>。

本件では、優越的地位の認定に関し、次のように述べられている。「三井住友銀行と融資取引を行っている事業者、特に中小事業者の中には……当面、三井住友銀行からの融資に代えて、三井住友銀行以外の金融機関からの融資等に

15) 本文では、利息制限法や（旧）証券取引法・金融証券取引法における法理念ないし制度趣旨が、独禁法上の不当性の内容に流れ込むという面について述べたが、これらの諸法の法理念等がそのまま独禁法に充当されるということではない。このような事業法のこのような事業法と独禁法の内容上の関連については、舟田 [2017b] を参照。

16) 川濱昇 [2014] 6頁注27は、前出の岐阜信用金庫事件と本事件を継続的取引ではない取引に優越的地位濫用規制を適用した事例として挙げる。本事件については諏訪園貞明 [2006] 参照。また、本事件に係る私訴（融資先事業者からの損害賠償請求事件）あるいは同様の金利スワップ契約に係る私訴として、東京地判平成18・8・2金法1795号60頁、東京高判平成19・11・16審決集54巻725頁、東京地判平成21・3・27LLI06430125、福岡高判平成23・4・27判時2136号58頁（本件については、青木浩子 [2012] 参照）などがあるが、ほとんどの事件で優越的地位濫用が否定されている。差し当たり、多田敏明 [2007]、山本裕子 [2011]、梅澤拓 [2012]、秋吉信彦 [2012] 等を参照。

17) 参照、公取委「金融機関の業態区分の緩和及び業務範囲の拡大に伴う不公正な取引方法について」（平成16年。最新版は平成23年）、および、金融庁「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」（「金融ガイドライン」）（平成22年。現行は平成29年）（「優越的地位の濫用防止」の項目がある）。

よって資金手当てをすることが困難な事業者（以下「融資先事業者」という。）が存在する。融資先事業者は、三井住友銀行から融資を受けることができなくなると事業活動に支障を来すこととなるため、融資取引を継続する上で、融資の取引条件とは別に三井住友銀行からの種々の要請に従わざるを得ない立場にあり、その取引上の地位は三井住友銀行に対して劣っている」。

なお、ここでは、継続的取引の中にある融資先事業者に対し、新規に金利スワップの販売（または再購入）を要請したものであり、これまで全く取引のなかった事業者に対する行為ではない。これは、後述の食品分野 PB 商品取引実態調査報告等にあるケースと同様である。

### 3 「取引開始金」

取引開始金とは、先に触れたように、大規模小売業者が、初めて取引する納入業者に対し、一定額を徴収する慣行に係るものである。

日本においてこれに触れた最初のもは、私のドイツ調査報告書（1980年）であろう<sup>18)</sup>。当時のドイツにおいては、購買力（＝需要力。Nachfragemacht：英 buying power）の濫用に対し、どのような規制を行うかが大きな問題になりつつあった。そこでの具体的関心は、第一に、1970年代に進んだメーカー間の企業集中によって、中小企業の取引上の地位が相対的に脆弱化することを防止し、大手メーカーの力の不当な強化を阻止する、という観点、第二に、公営独占事業体であった連邦鉄道や連邦郵便などにおける取引の相手方の特別指定制度の撤廃等に伴って、それらの事業体の需要独占（Nachfragemonopole）に基づく市場支配的地位の濫用を規制し、取引の相手方のかかわる市場における公正な競争秩序の回復を図る、という観点、そして第三に、供給者（特に中小メーカー・納入業者）に対する大規模小売業者の濫用行為を規制する、という観点であった。

これらのうち、第三の大規模小売業者の濫用行為とは、商品供給者に対し、新規に商品を扱う際に「取引開始金」（Eintrittsgeld）を要求すること、小売業者の広告・宣伝の際の販売リストに当該供給者の商品を掲載することの見返りにリスト掲載料（Listungsgebühren）をとること、多様な特別リベートを要求すること、小売業者の催す各種記念祭への参加を要請すること、無料で小売価

---

18) 舟田 [1981]（ただし未公開）。

格表示貼付を要請すること (Preisauszeichnung)、商品棚への陳列や、在庫品目録の作成等の助力を行うことの要請、等々が挙げられていた。

この問題についての激しい議論のなかで、ドイツの競争制限禁止法 (GWB) は、1973年の第2次改正、1980年の第4次改正において、「市場支配的事業者」および取引の相手方に相対的に優越する(「相対的市場力」と称される)事業者による濫用行為に関する規制を次第に拡大し、後者(相対的市場力を有する事業者による濫用行為)において前記の購買力の濫用規制が強化されていく<sup>19)</sup>。

これらの大規模小売業者の濫用行為については、日本においても、1980年公表のOECD委員会の報告書で広く認識され、これに類似する濫用行為は、同じ頃に明らかになった三越事件=同意審決昭和57・6・17審決集29巻31頁で優越的地位の濫用と認定された。ただし、同事件は継続的取引の中で強要された行為を問題にしたものである。

なお、上記の諸行為のうち、広告・宣伝の掲載料の不当な徴収(主取引との直接の関連性を欠く場合)、無料で小売価格表示貼付を要請すること、無料で陳列・棚卸し等について助力を要請すること等については、継続的取引の中で強要されるものであるが、これらは前記の三越事件以後も、日本の優越的地位の濫用に関する諸事例において問題とされたことは周知のとおりである。

#### 4 食品分野 PB 商品取引実態調査報告

(1) 取引開始時における優越的地位の濫用の例として、公取委事務総局「食品分野におけるプライベート・ブランド商品の取引に関する実態調査報告書」(2014年。以下、「食品分野 PB 商品取引実態調査報告」と略記)には、興味深い調査結果が示されている。

ここで PB (プライベート・ブランド) 商品とは、小売業者等(食品スーパー等)が、規格、意匠、型式等を指定して製造委託した食品のうち、小売業者等

19) 杉浦市郎 [2006]、舟田 [2009] 129 頁以下、およびそこに所掲の諸文献を参照。ドイツでは、これらの行為は不正競争防止法 (UWG) によっても規制される。岸井大太郎 [1985-86]、岸井大太郎 [1985] 46 頁、森平明彦 [2012]、森平明彦 [2013]、森平明彦 [2014]、森平明彦 [2017] 等を参照。その他、本問題についての諸外国の事情については、競争政策研究センター [2014] を参照。

のオリジナル・ブランドが付されていること、販売者として小売業者等の表示があることなどの特徴を有する商品を指す。

この調査では、PBの製造を受託していると思われるメーカー3000社に調査票を送付、940社から1835件の取引について回答を得た。公取委による直接のヒアリング等の調査も行った結果、上記1835件の取引のうち10.8%に当たる198件について、PB商品の取引条件の設定に関して優越的地位の濫用になり得る行為があった、とされている。

(2) その例としては、以下のような回答があった。

①原価構成や製造工程に係る情報など、開示することにより価格交渉等において不利な立場に立つこととなる情報の開示を取引条件として設定するもの

②NB商品（＝ブランド力のあるナショナル・ブランド商品）と同水準の原材料の使用を求められるにもかかわらず、取引価格についてはNB商品より著しく低い価格での取引を要請するもの

③利益率が低い等により製造委託の要請を断ろうとしたところ、NB商品の取引の中止、取引数量の減少をちらつかせ、製造委託に応じるように要請するもの

④PB商品の取引を開始することを条件に、本来支払う必要のないリベート・協賛金等の負担を要請するもの

(3) 製造業者や卸売業者が、上記のように明らかに不利益となる取引条件の提示でありながら、当該要請を受け入れた理由としては、次の3つが挙げられている。

①要請を断った場合に、今後の取引数量、取引高等に影響があると判断したため

②同業他社が要請に応じている中で、自社だけが応じないとするのが困難であったため

③短期的には不利益となっても、将来的にそれ以上の利益が見込まれると判断したため

上の(2)のうち、「④PB商品の取引を開始することを条件に、本来支払う必要のないリベート・協賛金等の負担を要請」は、前記の「取引開始金」と同類の行為である。これを受け入れる理由としては、上の(3)の、「③短期的には不利益となっても、将来的にそれ以上の利益が見込まれると自社が判断した」ということであろう。

また、上の(3)の①と②については、大規模小売業者と取引する卸売業者は、すでにNB商品の納入という取引を継続的に行っており、それに加え、新たにPB商品の納入を打診されたというケースであろう。この場合、PB商品の納入取引を断ると、従来から継続しているNB商品の納入について取引拒絶される、あるいはその取扱量を減らされるというおそれから、不当と思いつつ要請を受け入れたと推測される。

以上のように、ここでは取引を新規に始める場合も、また、従来から何らかの取引があり、それとは別に、新規の商品等についての取引を開始する場合も、取引条件等に関し、受託者にとって不当に不利と思われる要請があり、それを断りにくいという事態、すなわち優越的地位の濫用に当たる可能性のある事態が見いだされるのである。

## 5 テレビ番組製作取引における優越的地位の濫用<sup>20)</sup>

地上放送事業者（特に民放キー局5社）が、放送番組製作会社に対して、放送番組の全部または一部の製作を委託する取引において、本来は放送番組製作会社に帰属すべき著作権や二次利用の窓口業務を、最初の契約で放送事業者に帰属する等と定め、かつその対価を支払わない、ということが、以前から問題にされてきた。

この問題については、下請代金支払遅延等防止法（以下、「下請法」と略記）の2003年（平成15年）改正によって、放送番組の委託取引についても同法が適用されることになったことが契機となって、各放送事業者による自主基準の策定、さらに総務省「放送コンテンツの製作取引適正化に関するガイドライン」の策定<sup>21)</sup>、その後のフォローアップ調査と展開されてきた。

具体的問題としては、「完パケ」と呼ばれる完全製作委託型番組に関して、

20) 以下について詳細は、舟田 [2011] 第8章、韓都律 [2012] 251頁以下を参照。なお、ここで述べる諸問題は本文にも触れたように、下請法改正に伴って諸産業について指摘され、各省庁で検討の結果、例えば、経産省「素形材産業取引ガイドライン」（平成19年策定。平成29年改定）、経産省「建材・住宅設備産業取引ガイドライン」（平成20年策定。平成22年改定）などが策定され、それらにおいても本文で述べることと類似のケースが扱われている。差し当たり、中小企業庁「下請適正取引等の推進のためのガイドライン」のサイトを参照。<http://www.chusho.meti.go.jp/keiei/torihiki/guideline.htm>

21) 総務省「放送コンテンツの製作取引適正化に関するガイドライン」（2009年策定。現行は第5版）。

著作権法上、「映画製作者」（同法2条1項10号）に当たるのは放送番組製作会社であると解され、「原則として受注した製作会社に著作権が帰属する」（前記ガイドライン（第1章2.（6）イ）。しかしながら、実際には、発注の際に著作権について協議の機会を設けられることなく、対価なしで放送事業者に帰属することとなる事例が少なくない。その他、取引価格、取引内容の変更（やり直し等）に伴う追加費用の支払等についても、一方的に放送事業者によりなように決められるなどの苦情が多く寄せられている<sup>22)</sup>。これらの問題は、いうまでもなく下請法に固有の問題ではなく、優越的地位の濫用の問題でもある。

放送事業者と放送番組製作会社の関係は、各放送事業者の子会社としての放送番組製作会社という重要な例外を除いて、法的には継続的取引関係にはなく、その都度、放送事業者から発注が行われる。すなわち、取引開始時における取引条件に関する優越的地位の濫用が少なからず行われてきたことが問題とされているのである。

その背景には、放送番組製作会社は、零細企業がほとんどであり、地上放送事業者のうち前記の5社とNHKによる発注が大部分を占めるという構造的要因がある<sup>23)</sup>。

## 6 消費者取引

優越的地位の濫用規制が、事業者と消費者の取引に関しても適用されることは、法（2条9項5号）において、「相手方」とあって、「事業者」に限定されていないことから明白である<sup>24)</sup>。なお、このことは、一般指定8項～10項の「ぎまんの顧客誘引」、「不当な利益による顧客誘引」、「抱き合わせ販売等」も同様であって、これらの規定が消費者取引に適用された事例もある。

「消費者が、事業者の行う表示等による取引対象の特定に依存せざるをえな

---

22) 総務省による前記ガイドラインのフォローアップ調査につき、次を参照。[http://www.soumu.go.jp/menu\\_news/s-news/01ryutsu04\\_02000049.html](http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01ryutsu04_02000049.html)

23) なお、上記の著作権の譲渡を強要する行為について、優越的地位濫用ガイドライン第4.2(3)＜想定例＞の①は、法項2条9項5号の例として挙げている。しかし、これは「継続して」の意味に関することであるが（本稿二を参照）、新たな取引の開始の際に、当該行為が行われることがあることに注意すべきである。また、同ガイドライン第4.3(5)イには、「やり直しの要請」が記述されている。

24) 優越的地位の濫用規制が消費者取引にも及ぶことは、公取委のガイドライン、研究会報告等も認めていることにつき、例えば林秀弥〔2014〕238頁以下参照。

い地位におかれているということは、事業者と消費者の間に、取引上の地位の優劣が存在することを意味する<sup>25)</sup>。

消費者取引は、継続的取引になることも少なくないが、その都度契約するという形態も多く、それらすべてにおいて、上記の事業者と消費者の間における取引上の地位の優劣が認められる<sup>26)</sup>。すなわち、1回限りの消費者取引においても、事業者の優越的地位は認められるのであって、問題はそこに濫用があるか否かということになる。

もっとも、実際には、これらの濫用行為については、民法の公序良俗など一般条項が適用されるし、その他、各種の消費者法や公益事業規制などによって処理されることが多く、これまで消費者取引において本規制が発動された事例はない。

## 7 その他

取引開始時における取引条件等に関する濫用が行われるのは、上記の諸事例のほか、多様な状況があり得るであろうが、ここでは以下の諸例を挙げておく。

### (1) 小松・ビサイラス事件

小松・ビサイラス事件（または小松製作所事件）＝審判手続打切決定昭和56・10・26 審決集 28巻 79頁は、日本の建設機械メーカー（小松製作所）が米国の建設機械メーカー（ビサイラス）から技術導入を行うにあたり、改良発明の譲渡義務を定める条項等が合弁契約中に設けられたという事案に係るものである<sup>27)</sup>。公取委は、当該契約条項が優越的地位濫用に該当する国際契約であるとして審判開始決定をしたが、当該合弁会社が解散・清算により消滅したことから、審判手続は打ち切られた。

平山賢太郎 [2016] は、本事件を公取委が取引開始時における優越的地位を認定したとみられるとし、次のように指摘する。「この事案のように、取引を

25) 正田彬 [1980] 413頁。同旨、渡辺昭成 [2010]、本城昇 [1993]、林秀弥 [2014] 249頁以下は反対。川瀨昇 [1998] 25頁も、情報の非対称性に注目して優越的地位濫用を規制していく方向を示唆する。

26) 内田耕作 [2004]、根岸哲＝舟田正之 [2015] 294頁等、金井貴嗣ほか [2015] 350頁、等を参照。反対と読めるものとして、林秀弥 [2012] 115頁以下（後注43を参照）。

27) 石田英遠 [1982]、樋口徹 [2000] 133頁以下等を参照。

開始しなければ同業他社による事業展開の動きに乗り遅れてしまう、という状況の下において交渉が行われ締結に至る契約は少なくないと思われる。このような事案を競争事業者全体の状況に基づいて検討すれば、契約を締結して取引を開始しないことが『事業経営上大きな支障を来す』といえる場合もあるように思われる」。

当時、公取委は「国際的技術導入契約に関する認定基準」（1968年＝昭和43年）に基づいて、技術の多くを外国事業者に依存していたという状況の下で、ライセンサーである外国事業者による優越的地位の濫用から、ライセンシーである日本の事業者を保護するという基本的立場にたって届出事案を審査していた（旧6条3項は、この種の国際的契約に関する届出・認可制度を定めていた<sup>28)</sup>。このような行政運用の仕組みにおいて、本事件は、新たに技術導入契約を締結するに際し、その条項が優越的地位濫用に該当するという公取委の判断が争われた事例である。

## （2）松葉屋事件・藤田屋事件

ドラクエⅣの販売にかかる松葉屋事件＝勧告審決平成2・11・30審決集37巻32頁、藤田屋事件＝審判審決平成4・2・28審決集38巻41頁では、抱き合わせ販売に関する事案であるが、卸事業者と小売事業者の取引関係において、「客観的にみて少なからぬ顧客が他の商品の購入を余儀なくされるもの」と認められれば、一般指定6項の「購入させる」に該当するとされた。

この種の抱き合わせ販売は、取引の相手方に一定の商品についての取引を強制することであるから、優越的地位の濫用の1形態であると捉えることができる<sup>29)</sup>。人気のあるゲームソフト（A）と抱き合わせて、不人気なゲームソフト（B）を売るのであるから、後述（Ⅲ4）の、他の取引に基づく優越的地位の濫用に当たるケースといえる。

これら両事件は上記のことを含め、優越的地位の濫用における「濫用」の意味を考える際に、重要な示唆を与えていると思われるが、ゲームソフトに関す

---

28) 根岸哲＝舟田 [2000] 365頁参照。この考え方は、同認定基準の改訂版である、公取委「特許・ノウハウライセンス契約における不公正な取引方法の規制に関する運用基準」（平成元年＝1989年）にも、それが一部残っていた。しかし、それは現行の「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（平成19年＝2007年）ではほとんど姿を消している。

29) 例えば、根岸哲＝舟田 [2015] 242頁参照。藤田稔 [2017] 390頁にもこの点に触れた記述がある。



る卸事業者と小売事業者の取引関係においては、特に特定の卸と小売が長期継続的契約を結ぶということは少ないようであり、ここで言う取引開始時における優越的地位の濫用が問題になるケースであろう（継続的取引の具体的形態の多様性については、後述、Ⅱ1で述べる）。

### (3) 畑屋工機事件

取引開始時における優越的地位の濫用に関する判例としては、前記の岐阜商工信用組合事件等のほか、畑屋工機事件＝名古屋地判昭49・5・29判時768号73頁を挙げることができる<sup>30)</sup>。

この事案では、工具製造販売業者（中堅企業X）が、その供給する工具の販売業者（脱サラの零細業者Y）に対して排他的取引条項、およびその違反に対する違約金条項を設定していた。Yが、X以外の者から商品を仕入れたため、XはYに対し、引渡し済みの商品代金および違約金の支払いを求めて訴訟を提起した。

同判決は、Yの販売する商品価格はXが決定し得るとされ、営業区域が岐阜県内の一部に限定されており、十分な利益を上げることができない場合の利益保障もなかったこと等から、排他的取引条項違反に対して違約金を課すことによって履行を強制していることは優越的地位濫用に該当し、私法上の効力を有しないと判示した。

### (4) コンビニに関するフランチャイズ契約

コンビニの本部と加盟店の間のフランチャイズ契約について、優越的地位濫用ガイドライン（第4、3(5)ウ）が挙げているのは、見切り販売についての事例であるが、これは継続的取引を行っている当事者間の関係における問題である。

これとは別に、契約開始時における濫用のタイプに当たるものとして、近年は、そもそもコンビニに関するフランチャイズ契約の締結に際し、優越的地位の濫用に当たるような取引条件が付されているのではないかと、ということが、幾つかの事件で争われている。

例えば、セブン-イレブン手数料收受行為強要差止等請求事件＝東京高判平成24・6・20審決集59巻第2分冊113頁では、「本件基本契約等に本件対象業務に関する明文の規定がない……。しかし、収納代行サービス等はXらが本

30) 丹宗昭信 [1975]、田尾桃二 [1977]、韓都律 [2012]、平山賢太郎 [2016] 等を参照。

件基本契約等を締結した当時には、本件イメージ……の重要な要素を構成するに至っていたこと、……X からも……加盟店において提供すべきサービスの1つであることを十分に認識し、これを了承した上で、本件基本契約等を締結したこと……、以上の諸点を併せ考えると、本件対象業務は、本件基本契約等に基づく法的義務である」と判示されている<sup>31)</sup>。

この判示については、第一に、「十分に認識し、これを了承した上で、本件基本契約等を締結した」という認定は、新規に加盟店になる個人事業主に関してはやや厳しすぎるのではないか、という疑問がある。「収納代行サービス等」が、加盟店にとってどれだけの負担かを契約時に前もって知ることは困難であること、また実際に、契約後に次々に追加されてきていること等も考慮すべきであろう。

第二に、契約時に条件について認識していたか否かにかかわらず、客観的に当該取引条件が不当に不利益を課すものであれば優越的地位の濫用に当たると解される。

公取委のフランチャイズ・システムガイドライン（3(1)注3）は、優越的地位について以下の記述をしている。「フランチャイズ・システムにおける本部と加盟者との取引において、本部が取引上優越した地位にある場合とは、加盟者にとって本部との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すため、本部の要請が自己にとって著しく不利益なものであっても、これを受け入れざるを得ないような場合であり……」。この記述は、明らかに既に基本契約を締結し、継続的取引に入った後の優越的地位の濫用だけを念頭に置いたものであって疑問である。

コンビニ・フランチャイズ・システムにおいては、本部は加盟者に対し、多くの場合、顕著な情報格差（＝情報の非対称性）があり、大企業と中小・零細企業の間であることが多く、取引の大部分について本部は指示または強い勧奨によって加盟者をコントロールできる立場にあり、原則として取引開始時に既に優越的地位の成立を認めるべきである。

なお、岡田外司博 [2014] は、取引開始時における優越的地位を認めること

---

31) 本件については、山本裕子 [2013]、中川晶比兒 [2013] 等の評釈がある。この事件の原審判決、東京地判平成 23・12・22 審決集 58 巻第 2 分冊 255 頁については、長谷河亜希子 [2012b] などが触れている。

があり得ることを説得的に説いており、そこには本件を認めた下級審判決が4件挙げられている<sup>32)</sup>。

## II 取引開始時と継続的取引の区別

### 1 継続的取引の意味

本稿は、優越的地位の濫用は、取引を開始する際、取引条件設定に関し行われることがある、と述べることから議論を始めた。しかし、継続的取引とスポット取引（その都度ごとの新規取引）の区別は、それほど分明ではない。

「継続して取引する相手方」という文言は、前記の法2条9項5号イ、ロにあるほか、商品又は役務を「継続して供給する」という文言は、同項の2号、3号にも使われている。これは、平成21年の一般指定改定の前の、昭和57年一般指定においても同様である。

最も狭い意味での継続的取引は、例えば、資生堂東京販売事件＝最判平成10・12・18民集52巻9号1866頁や、花王化粧品販売事件＝最判平成10・12・18判時1664号14頁に見られるように、基本契約と個別の発注からなる取引の場合であろう。

そこでは、「被上告人（資生堂化粧品販売会社。舟田注）は、資生堂化粧品の販売先である各小売店との間において、同一内容の『資生堂チェーンストア契約書』に基づいて、化粧品の供給を目的とした特約店契約を締結して取引を行っており」、また、「被上告人（花王株式会社。舟田注）は、花王化粧品の販売先である各小売店との間において、同一内容の『花王ソフィーナ・ビューティプラザ契約書』に基づいて、化粧品の供給を目的とした特約店契約を締結して取引を行っている」、とされている<sup>33)</sup>。

その他、例えばフランチャイズ契約も、通常、このような基本契約を締結することで継続的取引が開始される。

それ以外に、上記のような基本契約を締結していなくとも、事実上、同様の

---

32) 岡田外司博 [2014] 6頁、注14参照。舟田 [2009] 559頁以下では、優越的地位を継続的取引関係の場合に限る理由はなく、1回限りの取引でも、優越的地位は成立するとし、本稿でも触れた諸事例を挙げておいた。

33) これら2つの事件については、差し当たり、栗田誠 [2010]、中田裕康 [2000] 7頁以下、それらに所掲の諸文献を参照。

取引関係にあると客観的に認められる実態があれば、それも継続的取引とすべきであろう。基本契約が締結されている場合、取引を拒絶する際には、基本契約に基づいて契約解除の意思表示が行われるのが通常である。基本契約がない場合も、実態上それと同一の取引関係にあれば、適法かつ明示の契約解除の意思表示がなされるべきであると解される。

上記は、中田裕康 [2000] による、継続的取引とは、「包括的な契約に基づく」と否とを問わず、特定の当事者間で継続的になされ、またはなされようとしている、一定種類の取引をいう」、という定義とほぼ同じとらえ方である<sup>34)</sup>。

これに対し、「継続的契約」という法的概念は、多義的に用いられるが、ある期間にわたって事実上継続して行われる契約、という程度の広い意味で用いるとすれば、これが上記の継続的取引と異なることは明白である<sup>35)</sup>。

## 2 新規の取引と継続的取引

問題は、上記のような基本契約ないし包括的な契約がなく、また事実上それに近い前提で継続的取引が行われているともいえない状況下で、實際上、継続的取引が行われる場合である。

例えば、前出（I 4）の、食品分野 PB 商品取引実態調査報告には、大規模小売業者と納入業者の間で、従来から、NB 商品の納入取引があり、そこに新規に PB 商品の納入取引が始まる場合に、優越的地位の濫用が行われることが少なからずあることが明らかにされている。特に、地域・商品ごとに強い販売力のある大規模小売業者の場合、納入業者に対し極めて優越的な地位に立つことは、多くの優越的地位濫用事件からも明らかである。

また、前出（I 7(2)）の、ゲームソフト販売に関しては、多数の卸事業者と多数の小売事業者の取引関係において、通常、特定の卸と小売が長期継続的契約を結ぶことなく、取引はいわば流動的であるが、ある卸と小売の取引が断続的にまたは継続して行われるという場合が多いと推測される。

これら2つの場合の中間にあるのが、テレビ番組製作取引における放送事業者と番組製作会社の取引といえるように思われる（前出，I 5 参照）。あるテレビ番組が継続して製作されるなどの場合を除いて、番組またはその一部を製作

---

34) 中田裕康 [2000] 3 頁参照。

35) 中田裕康 [1994] 29 頁以下、220 頁以下等の周到的な考察を参照。

委託する取引は、年に何回かの新しい企画が立てられて発注され、主たる発注者が東京キー局に限られるのに対し、番組製作会社は相当数あって激しい受注競争を行っている。

これらの場合、すなわち新規のPB商品の納入取引、新たに売り出される人気ゲームソフト販売取引、新規の番組製作委託取引については、ある取引の相手方と取引しないと決めた場合も、基本契約解除のような契約法上の制約はないのであるから、新規の取引開始として、優越的地位の濫用があるか否かをみるべきであると考えられる。

### Ⅲ 優越的地位の「源泉」

#### 1 優越的地位とその「源泉」

行為者がその優越的地位を利用して濫用行為を行う際には、通常何らかの「源泉」がある。行為者が、取引の相手方に対し、不当な不利益を押し付けることができるのは、単に両者間に取引力ないし経済力の差異があるだけでは足りないであり、何らかのより具体的な原因（「源泉」）があるからであろう。

もちろん、優越的地位の濫用についての要件は、優越的地位と濫用であって、上記のような、優越的地位の「源泉」を立証することは必要ではない。優越的地位それ自体は、取引の相手方に対し相対的に取引力ないし経済力が優越していることで足りると解されている。しかし、優越的地位の「源泉」を考えることによって、優越的地位と濫用のつながりを理解することができ、優越的地位の濫用の実態をより正確に捉えることができるであろう。

古くから経済学で説かれてきた「不完備契約」、「関係特殊投資」・「ホールドアップ問題」の議論も、優越的地位の源泉の1つを明らかにするものと理解することができる（後述、Ⅲ 3参照）。そのほか、以下では、棚スペース（店スペース）の裁量権濫用、他の取引を「梃子」とする優越的地位の濫用、情報格差も、優越的地位の源泉として捉えられることをみることにする。

ただし、特定の源泉なしでも、優越的地位の濫用はあり得ることに留意する必要がある。その顕著な例は、「購買力の濫用」であり、供給者が僅かしか存在しない例外的商品等を除けば、一般に供給者間の競争のほうが激しく、購買者の側は供給者を選べる状況にあるので、どの国においても古くから購買力の濫用をどう規制するかが問題とされてきた。これは大規模小売業者や元請・

取引開始時における優越的地位の濫用（舟田正之）

下請関係で顕著であるが、それ以外の商品・役務についても程度の差はあれ、購買者による優越的地位の濫用の可能性があるといえる。

また、前記の岐阜商工信用組合事件などをみても、特定の優越的地位の「源泉」があるわけではなく、長期的な供給不足の市場構造の下で、金融機関が横並びで、取引の相手方に対し不当な不利益を与えるような取引条件を課している場合もある。

## 2 棚スペースの裁量権濫用

越知保見 [2011] によれば、優越的地位の「源泉」とは、①行為者の大きな売上高、②行為者が取引の相手方を自由に選択できること、③選択したあとで、個々の商品をどう並べるかの裁量があること（「棚スペース（店スペース）の裁量権濫用」）、である。

このような優越的地位の「源泉」論を前提にすれば、大規模小売業者と納入業者が新たに取引を開始する際に、既に前者の優越的地位の「源泉」が存在するので、濫用が行われ得ることになり、前記の「取引開始金」はまさにその例であろう。

この見方は、特に大規模小売業者と納入業者の間の取引関係についてよく当てはまるが、そのほか、放送番組製作取引などにもある程度妥当するとも思われる。地上放送の番組編成権は、大規模小売業者の棚スペース裁量権に相当するともいえるからである。

## 3 関係特殊投資とホールドアップ

しかし、親事業者（メーカー）と部品の下請関係などにおいては、優越的地位の「源泉」は、前記の越知保見 [2011] の棚スペースに着目する源泉論はうまく当てはまらない。製造業などの下請関係については、従来から説かれていたような、「関係特殊投資」によるホールドアップ問題として理解することのほうが説得的である<sup>36)</sup>。

ホールドアップ論は、優越的地位の濫用の典型例を分かりやすく説明するこ

---

36) 大録英一 [1991]、若杉隆平 [1999]、滝川敏明 [2005]、林秀弥 [2014] 等を参照。ホールドアップ問題、およびそれに関連して、契約の不完備、「人質」、評判のメカニズム等の概括的説明と批判について、韓都律 [2012] 第3章第3節二を参照。

とに成功しているが、これもすべての優越的地位の濫用をカバーするような普遍性は有していない。すなわち、「関係特殊投資」・ホールドアップ論は、製造業における下請関係などには妥当するだろうが、関係特殊投資がほとんどない場合でも、優越的地位の濫用は行われることがある。

例えば、例えばコンビニ本部と取引する卸事業者については、本部自体が物流拠点およびシステムに巨大な投資を行っている場合が多く、その場合、本部に商品を供給する卸事業者の役割は小さくなっており、卸事業者に有意な「関係特殊投資」があるといえるかどうか疑問がある。放送番組製作事業についても同様であって、製作事業者にとって、製作を委託する放送事業者に固有の投資が必要なわけではない。

ただし、コンビニ本部と加盟店との関係については、契約締結時に加盟店は高額の加盟金を支払っており、また加盟店が自ら自前の土地・建物を改装して出店するケースもあり、また、契約を解約して転業する際には、解約金が高いこと、競業避止義務が課されることなどから、一般には「関係特殊投資」があると認められよう<sup>37)</sup>。

#### 4 他の取引に基づく優越的地位

(1) 三井住友銀行事件(前出, I 2)や食品分野 PB 商品取引実態調査報告(前出, I 4)などにおいては、もともと取引(A)が継続して行われており、そのことが新規の取引(B)における取引条件の受け入れを余儀なくさせる原因となっている。

この場合の優越的地位の「源泉」は、以前から行われていた取引(A)における優越的地位である。これは、市場支配力に関する「独占の梃子(テコ)」(monopoly leverage)に似た問題であるともいえる。「独占の梃子」とは、ある市場(A)で市場支配力を有する事業者が、その市場支配力を利用して、別の市場(B)においても勢力を拡大することである。優越的地位の濫用の場合は、取引(A)における市場支配力は要件となっていず、相対的な取引力・経済力であるが、それが源泉となって取引(B)における濫用が可能になること

37) 中里和浩 [2011] 149 頁以下参照。フランチャイズ契約における解約金条項については多くの事例があり、そのいくつかでは解約金が不当に高額であり公序良俗に反し無効とされている。詳細は、韓都律 [2012] 第 6 章を参照。

がある点では類似している。ある取引（A）に係る優越的地位を「梘子」として、別の取引（B）における優越的地位の濫用が行われる、ということができよう。

この類型に当たる場合として、知的財産権を梘子とした優越的地位の濫用の問題を挙げることができる。前述のように（I 7(1)参照）、かつての「国際的技術導入契約に関する認定基準」においては、日本の企業が諸外国から技術を導入する際のライセンス契約において、海外ライセンサーが日本のライセンサーに対し不当に不利益な条件等を押し付けることについて、優越的地位の濫用を防止しようとする考え方が色濃く現れていた。

これは、当時の日本のおかれた特殊な事情として片付けることはできず、一般に、技術にロック・インされた後の優越的地位の濫用の問題は今日でもあり得ることである<sup>38)</sup>。小田切宏之〔2016〕は、「知的財産権制度そのものがホールドアップ問題への対処といえる。——もう1つ重要なのが、知財の利用を前提に実施した投資の事後にホールドアップされる可能性である」、と指摘する<sup>39)</sup>。

(2) 上記の、ある取引（A）を梘子として、別の取引（B）における優越的地位の濫用が行われる、という関係については、既に、正田彬〔1980〕による整理に現れていた<sup>40)</sup>。

それによれば、優越的地位の濫用における不当性のあらわれ方は、「当該取引の客体たる経済上の利益の取引に固有な行為をめぐって行われる場合」と、「取引に固有な条件以外についての不利益が、条件として課される場合」とに区別される。前者は、当該取引にかかる不当性だけが問題になるのに対し、後者では、当該取引に関する取引条件以外の各種の拘束ないし不利益が問題とされる。後者の1類型として、上記の、当該取引（A）を継続する条件として、取引（B）が結びつけられる場合がある。

なお、後者に属する別の類型として、不当に不利益な「付随的条件」を押し付ける場合があり、これに当たる場合として、正田彬〔1980〕は、融資に際して役員選任について拘束するという具体的事例を挙げている（日本興業銀行事

---

38) 和久井理子〔2002〕45頁、およびその注22を参照。

39) 小田切宏之〔2016〕36頁。

40) 正田彬〔1980〕418頁以下参照。



件＝昭和28・11・6審決集5巻61頁その他)。前者の当該取引に固有の条件は、契約の本体部分であり、付随的条件と比べれば契約締結時に当事者にもよく了解されている、また了解され得ることであり、また、市場メカニズム（競争機能）が最もよく働く部分である。これに対し、後者の付随的条件については、契約締結時に当事者にもよく了解されていない、あるいは一応は分かっている、その実際の意味が軽視されがちであること、極めて個別的な条件になるので、他事業者の取引条件との比較が困難であること、さらに、契約の本体部分（特に価格）と個々の付随的条件との均衡がとれているか分かり難く、市場における競争機能が働きにくいので、優越的地位の濫用が起きやすいことに留意すべきである<sup>41)</sup>。

## 5 情報格差に基づく優越的地位

### (1) 取引開始時における情報格差

公取委や多くの論者が、取引開始時における濫用を規制することに消極的な理由としては、取引開始時の「優越的地位」はあり得ない、または、「優越的地位」があり得るとしても、それを利用した取引条件設定に関する濫用はあり得ない、という考え方があるのかもしれない。この考え方とは、以下のようなものであろう。

取引の相手方が提示された取引条件について、契約締結時には、不利益であることがよく理解できないまま契約を結んだという可能性も少なくない。これを是正するために、情報の非対称性を解消するような手続きを整備し、特に情報提供義務を明確にしておけば、あとは取引の相手方の「自己責任」の問題である。

この主張は、取引を新規に開始する場合には、取引の相手方が行為者から提示された取引条件について適正に情報を得て、それを理解することができれば、それによって優越的地位の濫用を受けると判断した場合には取引開始を拒否するであろうから、優越的地位の濫用という問題は起こりえない、したがって問題は取引条件の提示・説明が適正かという点に絞られる、ということであ

---

41) 付随的条件に関して優越的地位の濫用が起きやすいことについては、韓都律 [2012] 第8章第2節を参照。川濱昇 [2014] 8頁以下、注34では、取引の中核部分と周辺（付随的）部分とに分けることについて説得的な考察がなされている。

ろう。ここから、取引開始の際の情報の提供の仕方と内容について規制すれば十分である、という主張も引き出されることになる。

しかし、これはあまりに現実の取引の実態とかけ離れた認識であり、実際には、取引開始時における情報格差に起因する優越的地位の濫用が行われるし、それを規制する必要があると考えられる。

## （2）公的規制による、または契約上の情報提供義務

取引開始時に、商品・役務の提供者は、取引条件等について、取引の相手方に的確な情報を提供し、明確に理解できるようにすべきであるということは当然のことであり、これは取引当事者間に情報格差がある場合、特に重要である。

契約前の情報開示に関する公的規制は、多様な取引の場面でその必要性ないし重要性が指摘され、かつその実効性の有無ないし程度が問題になっている。例えば、小売商業におけるフランチャイズ・システムについて規制している「中小小売商業振興法」（昭和48年法101号）は、特定連鎖化事業の運営の適正化に配慮し、「加盟に際し徴収する加盟金、保証金その他の金銭に関する事項」、「加盟者に対する商品の販売条件に関する事項」、「経営の指導に関する事項」等々についての事項を記載した書面を交付し、その記載事項について説明をしなければならない、と定めている。

しかし、フランチャイズ・システムの下における本部と加盟者の間の紛争事例において、本部側の情報提供義務違反ないしより広く信義側上の義務違反が多く事例で争われてきた<sup>42)</sup>。取引開始の際の情報の提供の仕方と内容が適切なものだったか否かは、公的規制に適合するか否かだけで判断できるものではなく、個別具体的に見ざるを得ないが、そこでは情報の提供者と受け手の間で意見の対立が生まれることが多い。

情報格差を解消・縮小するために、各種の公的規制や契約上の信義則ないし情報提供義務が有効に機能することが重要であることはいうまでもない。しかし、実際の取引においては、取引当事者間に何らかの情報格差がいわば必然的に生じるのであり、一般に何らかの情報格差があることを前提として、独禁法上の規制に関する議論を考えるべきであろう。

---

42) 多くの裁判例と研究文献があるが、差し当たり、千葉恵美子 [2002]、韓都律 [2012] を参照。

### (3) 情報格差——殊に消費者取引において

取引当事者間に顕著な、あるいは有意な情報格差が存在する場合、取引を開始するか否か、また妥当な取引条件は何かを判断する際に、情報において劣位にある者は、特に自己にとって不当に不利益な取引か否かを正確に知ることができないまま、取引を開始してしまうということがある。

このことは消費者としての私たち自身、保険契約等で身にしみて感じていることであろう。事業者と消費者の間の情報格差は、消費者が相当の努力をしてもなお必然的に残るという実態をふまえた法規制を考えるべきである。

一般論として、事業者は、その扱う商品・役務等の取引に関しては、取引の相手方が消費者である場合、原則として、優越的地位にあると考えられる（前述、I 6参照）。ここから、消費者取引において、事業者は、その有する情報格差を利用した販売方法をとってはならない、という規範が一般的に妥当するといえよう。情報格差を利用した販売方法は、原則として消費者に対する優越的地位の濫用に当たると解される<sup>43)</sup>。

43) 近年、上記の点について触れた論考として、林秀弥 [2012] は、最近の行動経済学の展開を紹介し、興味深い議論を行っている。「伝統的な経済学においては、消費者は合理的な行動をすることを前提としていた。しかし実際の市場において、消費者はその属性から必ずしも合理的な行動をとらないこともあり」、これを「消費者の行動バイアス」と呼ぶ。行動経済学が教えている最も重要なポイントは、「消費者の選択は、情報の提示の仕方 (frame) に影響を受ける」、ということである (110 頁)。「行動経済学の成果は、消費者規制やそれに関連する競争法の規制に対して従来の介入を正当化する契機をもつ」。「ただし、消費者の意思決定や認知能力に制約があるのだから直ちに介入が正当化されるというような短絡的議論は避けなければならない」。

こまごまの林秀弥 [2012] の論旨は啓発的、説得的であり、私も若松良樹 [2013] の興味深い考察など、行動経済学の意義・展開に注目すべきであると考えてきた (後注 48 参照)。

ところが、林秀弥 [2012] は優越的地位の濫用の解釈論になると、「消費者取引に適用する上での文理上の制約はない」としながらも (113 頁)、優越的地位濫用ガイドラインの定義を無批判に前提とし、「取引先変更の可能性こそが決定的に重要であり」、「対消費者取引においては、「取引必要性」が強いかどうかの基準を満たす意味において、事業者の優越的地位を認めることは困難である」(115 頁)、とする。しかし、後に本稿 (V) で説くように、優越的地位について、「取引先変更の可能性」、「取引必要性」を基準として判断することは疑問である。

「そもそも、情報の非対称性を取引上の地位の格差をもたらすものであると位置づけることは可能であるとしても、情報の非対称性それ自体の解消を目的とすることは、優越的地位の濫用規制の趣旨ではない」(林秀弥 [2012] 116 頁)。もちろん、これは正しい認識である。しかし、情報の非対称性から優越的地位を認め、それを前提に、どのような行為が濫用とされるべきかを考えるべきである。優越的地位の濫用規制は、「取引の中身への介入ではなく、情報の偏在をなくすことのほうが規制内容とされるべきだからである」、との主張には賛成しがたい。

消費者契約法1条は、「この法律は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ」（下線は舟田）という文言から始まるが、これは上記の規範命題を前提にしていると理解していいであろう。

もっとも、これまで事業者と消費者の間の取引に対し、優越的地位の濫用規制が発動された事例はなく、実際には、民法や各種の消費者法、公益事業規制などによって処理されることが多い<sup>44)</sup>。

#### (4) 情報格差——個人事業主

上記のような事業者と消費者の間の情報格差から「優越的地位」が生まれるのであるが、そこにおける消費者取引は、自然人が生活するために行う消費活動だけに限られるものではない。

消費者契約法における「消費者」とは何を指すかということは、「この法律において『消費者』とは、個人（事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く。）をいう」（同法2条）、という定めにおける括弧書きをめぐって議論があり、具体的に争われることもある。

しかし、独禁法の優越的地位の濫用規制においては、消費者契約法と異なって、消費者だけが法的保護を受けるわけではない。仮に個人が新たに始める事業のために契約の当事者となる場合でも、当該事業を営んでいる事業者との情報格差は、消費者である場合と同様に顕著であることに留意すべきであろう。

ホリディ・マジック事件＝勸告審決昭和50・6・13審決集22巻11頁においては、個人に対してマルチ商法の販売員になるように勧誘した行為が、「ぎまんの顧客誘引」、「不当な利益による顧客誘引」（現行の一般指定8項、9項）に当たるとされた。ここでは、「顧客」という文言なので、個人が消費者であるか否かは問わずに「顧客」に当たるとされたが、実質的にはマルチ商法による消費者被害の1例であるといえよう。

同様に、フランチャイズ・システムにおけるフランチャイザー（本部）とフランチャイジー（加盟者）の間の情報格差も、後者がいわゆる「脱サラ」など、当該事業について経験のない個人である場合には、顕著な情報格差に留意した法的規制が要請されると考えられる。これに類似する、個人事業主に対する優越的地位の濫用の事例として、前出（I7(3)）の畑屋工機事件における販売業者（脱サラの零細業者）、あるいは、後出（本稿、IV5）の代理商決定にお

---

44) 以上については、根岸哲＝舟田 [2015] 276頁以下を参照。

ける、ワイン等の製造販売業を営む原告専属の代理商などもも挙げることができる。

#### (5) 一般の事業者間の取引

上記の消費者取引や個人事業主の取引などを除き、一般の事業者間の取引においては、当事者間で当該商品に関する情報提供・交換が適正に行われたとすれば、当該商品等に関する情報格差は一般には有意には存在しないといえよう。

もっとも、最近のビックデータ等に関する議論においては、「グローバル企業を中心に、データの戦略的取組が急激に進展している」、「新たに生み出される価値の源泉がデータにシフトする」、データの「囲い込み構造」、「データ量の確保も競争力の強化に欠かせないものである」、等の認識が広まっている。ビックデータに限られず、情報が各事業者の競争力を高めるということは一般によく説かれていることである<sup>45)</sup>。

このような広義での情報格差は、本稿で問題にしている、取引当事者間における当該取引対象に関する情報の非対称性とは異なるから、広く情報力の差などと言うべきかもしれない。しかし、ここから、個別の取引における優越的地位の濫用に結びつく議論は成立しないであろう。

## IV 意思主義から取引力の規制へ

### 1 取引開始時の優越的地位

(1) 先に示した(Ⅲ 5(1))、取引開始時の取引条件設定に関する濫用は原則としてあり得ない、という考え方は、①取引開始時には、優越的地位はない、②取引開始時には、濫用行為はない、のどちらを指しているかが分かりにくいのが、以下では両方を検討することとしよう。

まず①の、取引開始時には優越的地位はないという議論については、取引当事者間の情報格差が優越的地位をもたらす場合があること、またそれがなくても、交渉力(=取引における力)の格差から「優越的地位」を認定すべき場合もあり、それを利用して濫用行為がなされれば、本規制を適用すべきであ

45) 例えば、経済産業省「第四次産業革命に向けた横断的制度改革研究会」報告書(2016)、経済産業省「第四次産業革命に向けた競争政策の在り方に関する研究会」報告書(2017)を参照。

る。

何故に、そのような優越的地位から濫用が行われ得るのかについては、本稿の前節（Ⅲ）において、「優越的地位の源泉」を棚スペース、関係特殊的投資、他の取引が「梃子」となる場合、情報格差の4点を挙げてより具体的に明らかにした。

なお、「交渉力」は消費者契約法上の用語であり、独禁法上は、取引の相手方に対する力、ないし相対的市場力というべきであろう。経済学上の市場力（market power）は、通常、市場支配力を指すが、ここでは、取引の相手方に対して一定の経済的力を有しているか否かだけが問題となる<sup>46)</sup>。

新規の取引開始の場合、事業者同士であれば、情報格差はなく、取引力の格差はあるが、それによって不当な不利益な取引条件が課されるのであれば、取引を拒絶すれば足りるから、優越的地位を前提とした規制は適用されない、という議論は、形式的に過ぎる考え方であり、取引の実態とあまりに乖離している。これは、前記（Ⅲ）の優越的地位の「源泉」に関する認識からも明らかであると考えられる。この点は、公取委のガイドラインの「優越的地位」に関する記述に不適当な箇所があると思われるので、後に詳しく検討する（本稿Ⅴを参照）。

(2) 本稿の立場は、優越的地位を上記のように捉えるので、極めて多くの取引において優越的地位を肯定することになる。このように優越的地位を広く認めることは、実際の取引の実態に見合ったものであり、私的自治の理論的前提である、対等当事者間の取引のほうが稀であるともいえよう。

いうまでもないことであるが、多くの事業者は経営努力によって取引の相手方に対し優越的地位を獲得しようとするものであり、優越的地位に立つことは独禁法上は何の問題もない。独禁法上規制されるのは、濫用がなされることだけである。また、優越的地位濫用行為が規制されても、優越的地位それ自体は残るのであって、それも当然のことである。自由競争基盤の侵害とは、優越的地位があること自体ではなく、それを利用して濫用行為をすることである<sup>47)</sup>。

---

46) 相対的市場力についての詳細は、舟田 [2009]、舟田 [2017a] を参照。

47) 伊永大輔 [2014] 19 頁以下には、私の優越的地位についての理解が本文で述べたことと違うのではないかという誤解があるようなので、ここでは当然のことを念のために述べておいた。

## 2 取引開始時の濫用行為

(1) 次に、前記の②取引開始時には、濫用行為はない、という考え方について検討しよう。

ここで、濫用行為の要件は、前記の「取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定……すること」(独禁法2条9項5号ハ)であり、これに、公正競争阻害性が認められれば(2条9項6号柱書き)、違法な濫用行為となる。これら両者を併せて、不当な不利益を課す取引条件か否か、という形で検討する。

仮に行為者が情報提供を適正に行い、取引の相手方が提示された取引条件を十分了解した上で承諾したとしても、提示された当該取引条件が、客観的にみて、取引の相手方に不当な不利益を与えるものであると判断される場合があり得る。

もともと、優越的地位の濫用か否かは、「優越的地位」と「取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定」したか否か(=濫用)、という客観的事実に関する評価に基づいて行われる。優越的地位の濫用の要件である、「取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定」することは、当該取引条件の客観的評価によって行われるべきである。この「不利益」についての判断・評価にあたって、取引の相手方の判断ミスまたは認識・判断能力の欠如等の主観的事情を考慮する必要は、原則としてない。

これに対して、取引の相手方の主観的事実にもっばら注目して、取引の相手方がそれを知りつつ、それでも、取引の相手方が取引を開始したのなら、受け入れた「取引条件」は不利益ではない、と考えるとすれば、それは、主観的事情と「不利益」の客観的評価を混同しているのである。

実際に、取引当事者間の諸事情を勘案すれば、取引の相手方が自分にとって不利益な取引条件であると知っていても、要請を受け入れざるを得ないと判断すること、また、そのように判断することが当事者にとっては合理的だ、ということがしばしばある。そのような場合、取引条件をよく理解して受け入れたのだから濫用はない、とするのは優越的地位の濫用規制の趣旨を十分理解していないと考えられる<sup>48)</sup>。

(2) また、納入業者等に対する濫用と思われる要請に関して、前記(本稿I 4(3))のPB商品取引に関する実態調査にあるような、「③短期的には不利益となっても、将来的にそれ以上の利益が見込まれると自社が判断したため」、

要請を受け入れたという場合でも、濫用の要件である「不利益」には当たると解される。

上と同じことであるが、取引の相手方が行為者から適正な情報の提供を受け、冷静に計算し、あとで「もとがとれるだろう」と考えて要請を受け入れた場合には、不利益の押し付けとはいえない、という主張があるようであるが、これも妥当ではない（「直接の利益」と「間接的な利益」として後述する。本稿V 3参照）。

### 3 民法上の暴利行為との連続性

(1) 上記のように、取引の相手方が、自己に不利益な取引条件であることを知っているのに取引を開始してしまうということは、実際にあり得るのである。

その最も極端な場合は、取引の相手方が困窮している、または経営的に極めて困難な状況にある場合である。また、当該取引を始めれば、それにより得られる利益によって当該不利益をカバーできる、あるいは自分の経営が上向いて何とかなる、などと漠然と予測ないし期待して濫用を甘受することもある。すなわち、取引の相手方の特殊な主観的事情または事業上の急迫した事情があって、濫用と思われる取引条件をやむを得ず受け入れる場合である。

これについては、独禁法以前に、民法の長い歴史のなかで、「他人の窮迫軽率または無経験を利用し」た暴利行為は、公序良俗に反し無効とされてきた。これに関しすぐ想起される著名な芸娼妓契約事件＝大審院判決昭和9・5・1は極端な例であろうが、この種の関係についての典型例ともいえる。その後、暴利行為とされた事例には、「借主の側が借主たる地位を利用して貸主につけいった」事例、「基本的な関係を利用して不当な利益を得るというタイプ」があるとされ、これに加え、「著しく過当なる利益の獲得」という客観的要件が満

---

48) 前出の若松良樹 [2013] は、個人の選択と利益との「別個性」、それらの間の「衝突可能性」、さらに個人の選択と利益が衝突した場合に、個人の利益を優先するべきだとする「利益優先」、という3つの構成要素が存在することが、パターナリズムの定義的特徴であるとし、これら3つの構成要素につき、経済学のホモ・エコノミカス仮説、顕示選好理論、行動経済学のそれぞれの立場から明快かつ緻密な検討を加える。これによれば、本文で述べた取引の相手方の判断が、その者に不利益をもたらすものであり、優越的地位の濫用として規制すべきだという本稿の立場は、上の定義におけるパターナリズムに合致し、これはホモ・エコノミカス仮説、顕示選好理論とは異なる考え方だということになる。



たされれば、無効となると説かれている<sup>49)</sup>。ここからも、民法上の暴利行為と優越的地位の濫用は連続線上にあることがうかがえるが、本稿ではこの点には立ち入らない<sup>50)</sup>

(2) ここで民法上の暴利行為規制を持ち出したのは、取引の両当事者が、取引条件をよく知って理解さえすれば、「契約の自由」の原則にしたがって、当該取引は法的に問題ないとする、という考え方は、既に古くから否定されている、ということを示すためである。芸娼妓契約がいやなら契約しなければいい、自分の意思で契約したのだから有効だ、という主張は、既に明治時代に否定された考え方である。

同様に、例えば利息が高いと思うならば借りなければいい、という類の議論は、契約の自由ないし私的自治を絶対視する、誤った考え方であることに異論はないであろう。借りたい者と貸したい者の間において合意される取引条件には、一定の社会的限界ないし法的制限があるとするのが、現代の一般的考え方である。これに対しては、民法上も、公序良俗条項その他、信義則、権利の濫用などの法理が用いられることがある。

既に1960年代には、民法学において、「事実の問題としては、契約自由の原則が存在するというよりは、契約においては自由と制限とが錯綜するというのが正しい」、とまで表現されるに至っている<sup>51)</sup>。今日では、形式的な当事者間の意思の合致というだけでは、当該取引の適正性、妥当性を保障されることはない、ということには広範な支持があるといえよう。

#### 4 意思主義からの決別

以上のように、前記の主張、すなわち、取引の相手方が取引条件をよく知りつつ、それを受け入れたのであるから、それを外から濫用として規制する必要はない、という主張は、取引内容を法秩序の観点から吟味・評価することなく、「契約の自由」・「私的自治」をそのまま受け入れるべきだという考え方に基づくものであることが分かる。

原島重義 [2011] は、19世紀初めの「心理」化された「意思」に立つ「意

49) 詳細は、大村敦志 [1995] 参照。

50) 民法と独禁法の関係については、根岸哲 [1994] 以来、多くの議論がある。

51) 星野英一 [1966] 203頁以下、262頁。大村敦志 [1995] 4頁等をも参照。

思主義」において、「私的自治を、社会的正義の原理による制約に服す必要のない個人の優越した自主性の承認、と解する」傾向を批判する。契約を機能的にとらえ、「みずから作った人間相互間の秩序づけ」の機能を重視するとすれば、行為者の意思とは無関係な配分的正義に基づいて、「法律上の規制」が機能する、と説く<sup>52)</sup>。

優越的地位の濫用規制において、どうして自由な意思の合致があるのに、それを認めないのかということ、それは取引の相手方の真の「自由な意思」と認めべきではないから、ということに尽きる。「不正な取引方法」についての通説的な考え方によれば、優越的地位の濫用の公正競争阻害性は、取引主体が「取引の諾否及び取条件について自由かつ自主的に判断する」という、自由競争の基盤が侵害されていることにあるとされている<sup>53)</sup>。

優越的地位にある事業者が、取引の相手方に不利益な取引条件を受け入れさせ、形式的には取引の相手方の合意をとったとしても、それは「自由かつ自主的に判断」した結果ではなく、やむなくのまされたに過ぎないのであって、独禁法はそのような契約の「自由」を否定するものなのである。

## 5 「自己決定」と「他者決定」

(1) これと同様の考え方を明確に示したものとして、ドイツ連邦憲法裁判所の代理商決定（1990年2月7日）と連帯保証決定（1993年10月19日）がある。

前者の代理商決定事案において、被告 Y（＝憲法異議の申立人）は、ワイン等の製造販売業を営む原告 X の専属の代理商となる契約を結び、Y は契約終了後 2 年間、競業を禁止され、それに対する補償はないとされていた。その間に、Y が競争相手の事業者の下で活動を始めたので、X は 2 年間の競業差止めを求めて提訴した。Y は 25 歳で労働者としての経験しかなく、予め印刷された契約書を提示され、交渉の余地はなかった。

本決定は、X の競業差止請求を認容した原判決を破棄した。本決定によれば、契約当事者の一方が、契約上の規律を事実上一方的に決定できるほどの強い優位性をもつというように、両当事者の力の均衡が欠けたところでは、「基本権上の地位」が侵害されようとしているのであり、「Y の職業の自由を制限

---

52) 原島重義 [2011] 5 頁以下、31 頁以下参照。これについては舟田 [2014] 80 頁等で触れた。

53) 独禁法報告 [1982] 100 頁参照。

する」ものである（下線は舟田）。本決定は、当時の代理商に関する商法の規定などを考慮し、かつ比例性が欠如していることなどから、本件競業避止条項を無効とした。

当時のドイツ商法の代理商に関する規定には、競業避止義務を制限する規定がなかった。本件の過程で、改正がなされ、競業避止の対象となる行為について、代理商に割り当てられていた地域や顧客層に限定する等の条件が付加された。本決定は、改正前の規定に基づく、これらの限定のない競業避止条項は、被告の生活を破壊するものであり、民法の公序良俗に反し、憲法上の一般的人格権、職業の自由を侵害すると判示した。

(2) 後者の連帯保証決定は、親の連帯保証人となった無収入・無資力の21歳の娘が、当該連帯保証の効力を争った事案につき、以下のように判示し、当該連帯保証を無効とした。

「各人が自己の意思に従い法的関係を形成することは一般的行為自由の一部である。……（しかし）、当事者の片方が契約内容を事実上、一方的に決定できるほどに強い立場にあるなら、それは、もう一方の当事者にとっては他者決定となる。……契約当事者の一方の構造的劣位が認識でき、契約の帰結が劣位にある者に通常的ではない負担を課すような類型の事案においては、私法秩序は、これに対処し、修正を可能ならしめなければならない。この要請は、私的自治の基本権的保障と、社会国家原理から生じる」<sup>54)</sup>。

本決定は、私的自治の限界を一方当事者の「他者決定」になるような契約であることに求め、その者の基本権を侵害するとして、当該連帯保証を無効としたものである。ドイツにおいては、国家には個人の自己決定権という基本権を保護する義務があるという解釈が有力であり、本決定はこれを支持するものとして重視されている<sup>55)</sup>。

(3) 優越的地位の濫用規制において、取引について「自由かつ自主的に判断する」か否かをみるということは、上記のドイツ連邦憲法裁判所の基本権についての考え方に通じるものがあると考えられる。この種の問題は、日本ではも

54) 本決定については、押久保倫男 [1999]、押久保倫男 [2006]、小山剛 [1998] 225 頁以下、小山剛 [2004] 94 頁以下、157 頁以下、國分典子 [1999] 等、多くの研究が触れている。詳細は、舟田 [2016] 178 頁以下、およびそこに挙げた諸文献を参照。

55) 本決定は、基本権保護義務論に関するリーディング・ケースの1つとされている。基本権保護義務論の代表的な業績として、山本敬三 [2000]、小山剛 [2004]、小山剛 [2011] 等がある。

っばら民法・消費者法等と独禁法について議論されているが、ドイツでは憲法問題としても取り上げられているわけである<sup>56)</sup>。

## V 優越的地位濫用ガイドラインの検討

### 1 優越的地位濫用の2つのタイプ

優越的地位濫用ガイドラインは、濫用行為について、①「あらかじめ計算できない不利益を与える場合」と、②「直接の利益（……）等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えた負担となり、当該取引の相手方に不利益を与えることとなる場合」、という二分論を示唆する（同ガイドライン、第4、2(1)、2(2)、3(2)）。

これらは、協賛金等の負担の要請、従業員等の派遣の要請、返品という具体的な行為類型についての説明のなかで述べられているので、主に、大規模小売業者と納入業者の関係を念頭においた記述の仕方になっており、それ以外の取引（例えば消費者取引）にそのまま当てはめるのは難しいことに留意すべきである。

より一般論として書き直してみれば、優越的地位の濫用には、①「あらかじめ計算できない不利益を与える」など、取引の相手方の情報格差による認識不足や不適切な判断を誘導する場合、②客観的にみて、「不利益を与えることとなる場合」、の2つのタイプがあることを示した点で妥当な考え方である。

なお、「取引の相手方が得る直接の利益（……）等を勘案」という部分も、適切な考え方であって、「直接の利益」と「間接的な利益」を区別すべきことは後にも触れることがある。

### 2 「事業経営上大きな支障を来す」

#### (1) 従来通説における「優越的地位」

従来通説において、優越的地位は、「相対的に、相手方に対して優越的地位にあれば足りる」とし<sup>57)</sup>、あるいは「一方が他方より相対的に優越することにより相手方に不当に不利益を課し得るような場合の取引上の地位」<sup>58)</sup>、と

56) 憲法と独禁法の関係については、土田和博 [2002]、舟田 [2016] 等を参照。

57) 今村成和 [1978] 152頁。同旨、正田彬 [1980] 410頁等参照。

説明されていた。優越的地位濫用ガイドライン（第2, 1）も、「取引の相手方との関係で相対的に優越した地位」を指すとしている。

これは妥当な解釈であって、取引上の優越的地位は、取引の相手方が濫用行為を受け、不当な不利益を甘受しなければならないような関係があることを意味する<sup>59)</sup>、とすれば十分であって、それ以上のことを付け加えるべきではない。

## (2) ガイドラインにおける「事業経営上大きな支障を来す」

ところが、優越的地位濫用ガイドラインは、上記引用部分に続けて、「甲が取引先である乙に対して優越した地位にあるとは、乙にとって甲との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すため、甲が乙にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙がこれを受け入れざるを得ないような場合である」、と言い換えている。

この「事業経営上大きな支障を来す」という文言は、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（平成3年）で初めて用いられ、これと同様の考え方が、「役務の委託取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の指針」（平成10年）等の他のガイドラインでも採用され、優越的地位濫用ガイドライン（平成22年）もこれを踏襲するに至ったという経緯のようである。

「事業経営上大きな支障を来す」という文言については、大規模小売業者と納入業者の関係は、通常、継続的な取引関係であり、前者による濫用行為によって「事業経営上大きな支障を来す」ことが一般的に認められるから、その限りでは、これは妥当な表現である。最近の事例では、日本トイザラス事件＝審判審決平成27・6・4審決集62巻119頁においても、優越的地位につき上記の優越的地位濫用ガイドラインに従った記述がなされている。

日本トイザラス事件＝審判審決は、「甲が濫用行為を行い、乙がこれを受け入れている事実」は、「事業経営上大きな支障を来すことに結び付く重要な要素になる」、「また、乙の甲に対する取引依存度が大きい場合」、「甲の市場におけるシェアが大きい場合又はその順位が高い場合には」、「事業経営上大きな支障を来すことになりやすく」、とも述べる。

このこと自体は、同事件のように継続的な取引関係において、取引依存度が

58) 独禁法報告 [1982] 89頁。

59) 根岸哲＝舟田 [2015] 294頁参照。舟田 [2009] 549頁以下も同旨。

取引開始時における優越的地位の濫用（舟田正之）

大きい、行為者のシェアが大きい場合等の事実関係を念頭に置けば妥当な認定の仕方である<sup>60)</sup>。

### (3) 「事業経営上大きな支障を来す」への批判

しかし第1に、前述のように、優越的地位濫用規制の対象は、大規模小売業者と納入業者の間の継続的な取引関係に限られるわけではない。「事業経営上大きな支障を来す」という文言が入ることによって、特に、全く新規に取引を開始する際には、「事業経営上大きな支障を来す」などに当たるとすることはほとんどあり得ないであろうから、取引開始時には優越的地位に当たるとはならないことになろうが、これは妥当とはおもわれない。

第2に、「事業経営上大きな支障を来す」は、消費者には当てはまらないことは明白であり、この点だけでも同ガイドラインの「事業経営上大きな支障を来す」に関する記述は不適當である<sup>61)</sup>。

また第3として、継続的取引関係において、「取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来す」事実を、高度の蓋然性をもって立証する必要があるとすると、その立証は、實際上難しくなることが懸念される。特に、取引依存度が高くない場合、取引の相手方は、不利益な取引条件を甘受して取引を継続し、それなりに事業経営を続けることもあり得るが、そのような場合でも優越的地位の濫用があると解すべきであろう。

この点につき、岡田外司博 [2014] は、取引の相手方が自己にとって不利益な条件を受け入れて取引が継続している場合には、合理的に見て「取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来す」ことが事実上推定されるとして、立証負担を軽減することを提案している。妥当な考え方であるが、それでも、「事業経営上大きな支障」に当たるか否かで争われる可能性は否定できないようにも思われる。

---

60) 柴田潤子 [2015]、瀧川和彦 [2015]、池田毅 [2015]、横田直和 [2016]、平山賢太郎 [2017] を参照。伊永大輔 [2017] 383 頁以下は疑問とする。小室尚彦 = 土平峰久 [2015] 70 頁は、「不利益を受けいれざるを得なかったことは、『事業経営上大きな支障を来す』こととまったく同じ意味とはいえないが、同要件の存在を基礎づける重要な要素となる」と説明している。

61) 「取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来す」を厳格に要求することへの疑問につき、伊永大輔（発言）白石忠志 = 長澤哲也 = 伊永大輔 [2012] 18 頁以下（長澤哲也（発言）は反対）、岡田外司博 [2014] 5 頁以下等を参照。

## 2 「取引必要性」と「取引先変更の可能性」

### (1) ガイドラインにおける「取引必要性」

優越的地位濫用ガイドラインでは、上記の優越的地位に関する記述に続いて、次のように述べられている。

「この判断に当たっては、乙の甲に対する取引依存度、甲の市場における地位、乙にとっての取引先変更の可能性、その他甲と取引することの必要性を示す具体的事実を総合的に考慮する」(第2, 2)

「(3) 乙にとっての取引先変更の可能性としては、他の事業者との取引開始や取引拡大の可能性、甲との取引に関連して行った投資等が考慮される。他の事業者との取引を開始若しくは拡大することが困難である場合又は甲との取引に関連して多額の投資を行っている場合には、乙は甲と取引を行う必要性が高くなるため、乙にとって甲との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すことになりやすい。」(第2, 2(3))

上の「取引先変更の可能性」、「取引することの必要性」についての記述は、先に「事業経営上大きな支障を来す」について述べたことと同様に、大規模小売業者と納入業者の関係においては、容易に納得し得るものであるが、それ以外の場合には、このような見方は優越的地位を不当に狭めることになりかねない。例えば、取引依存度、甲の市場における地位のいずれかが欠ける場合は、「取引先変更の可能性」、「取引することの必要性」、「事業経営上大きな支障を来す」という上記3つのキーワードには当てはまることはあまりなさそうにも思われる。

### (2) ガイドラインの位置づけ

もっとも、同ガイドラインが述べる「取引必要性」とは、言葉通りの意味ではなく、同ガイドラインがそこで説明しているように、「甲との取引の額が大きい、甲の事業規模が拡大している、……又は甲の事業規模が乙のそれよりも著しく大きい場合には、乙は甲と取引を行う必要性が高くなる」、ということを目指すにすぎないのであり、取引の相手方にとって、当該取引が絶対必要であるなどという意味ではないのであろう。

また、「事業経営上大きな支障を来す」について再度見直してみると、優越的地位とは、「乙にとって甲との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すため、甲が乙にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙がこれを受け入れざるを得ないような場合である」とあり、最後の「……ような

場合である」という箇所は、優越的地位が認められる典型例を示したものに過ぎない、とも読める。

そもそも公取委の各種ガイドラインは、公取委の行政運用における判断基準をなるべく明確にして欲しいという要請に応じようとする説明文書である。しかし同時に、独禁法の諸規定の客観的な解釈を示すものとも受け取られ、私人間の訴訟においても参照されるものでもある<sup>62)</sup>。優越的地位の濫用に関する論考の中には、ガイドラインの文言をそのまま受け取って、具体的事案に直接当てはめれば足りるとする短絡的な傾向さえ見いだされる。

ガイドラインにおいて書き込むことで、後者（私訴）の場面での独禁法の解釈を不当に狭めることはないように留意すべきであり、同時に、ガイドラインを参照する側も、ガイドラインの特徴を踏まえた読み方が要請されているといえよう。

### （3）不利益な取引条件の押し付けをめぐる競い合い

濫用と受け取るなら取引を開始しなければいいという主張は、上のガイドラインにおける、「事業経営上大きな支障を来す」、「取引必要性」、「取引先変更の可能性」だけを取り上げ、それを根拠に優越的地位がないとするものであると理解される。これが、取引の相手方は不当な取引条件だと思ったら、取引を拒絶して、別の取引先を探せばいい、という主張であるとするれば、市場の大部分を独占的大企業との取引が占めるような場合を除いて、通常は取引先を変更する可能性等があるから、一見すると、優越的地位を否定する有力な理屈になり得るようにも思われる。

しかし、この主張は妥当とは思われない。この「取引先変更の可能性」の有無という判断要素だけが一人歩きする危険性については、既に述べたことがある<sup>63)</sup>。そこでは、いわゆる「下請いじめ」が寡占の大企業によって並行的に行われている場合、下請事業者はどの親事業者と取引しても同様の不利益な取引条件を飲まされるのだから、優越的地位の濫用を受けても「取引先変更」を試みる意味がない、という状況があると述べた。

大規模小売事業者と納入業者の関係においても、押し付け販売、協賛金、従業員派遣などが商慣行として多くの大規模小売事業者が採用している場合、納

---

62) 公取委の各種ガイドラインの性格等については、例えば、舟田 [2009] 528 頁等を参照。

63) 根岸哲 = 舟田 [2015] 276 頁以下参照。



入業者は「取引先変更」をしても同じような濫用行為を受けることになる。これらの濫用行為を規制せず自由に委ねておけば、優越的地位にある事業者は、取引の相手方に対しどれだけ不利益な取引条件を押し付けるかをめぐって競い合う、という悲惨な事態になりかねない。

#### (4) 大規模小売業者と納入業者の取引の実態

例えば、納入業者が大規模小売業者から取引を停止されても、小売業者は他にも多数あるから、それらとの取引に転換すればよい、というのは、理論的ないし抽象的には言えるが、實際上、別の取引先をすぐ見つけて転換できるなどということはなかなかないであろう。以下は実態について推測を交えた認識であるが、1つの見方として提示してみよう。

多くの納入業者は、NB商品（前出のPB商品取引に関する実態調査報告を参照）を扱っていて、同じNB商品は他の多くの納入業者も扱っているから、大規模小売業者はある納入業者との取引を止めても、代替りの納入業者はいくらでもいるであろう。逆に、納入業者は、取引を停止されて、別の大規模小売業者との取引を新規に開拓することは至難なことであろう。

また、納入業者が大規模小売業者との取引を新たに開始する場合は、継続的取引をしてきた納入業者を押しつけて取引を獲得しなければならないので、取引条件はさらに厳しいものになるろう。

一般に、小売業者も納入業者も、ともにそれぞれの取引について、他の同業者がどのような取引条件で取引しているかを常に調査し、より有利な取引先を獲得しようとしていることはいうまでもない。これ自体は、激しい競争市場で通常みられることである。しかし、前述のように、取引当事者の一方である大規模小売業者だけが極めて強い取引上の地位を持っている場合には、大規模小売業者の間で、納入業者をいかに叩くかについて競い合うことになりがちである。

また、納入業者間の競争が激しくなると、卸価格のたたき合いになるが、それには限界があるから、価格という「取引の本体的部分」ではなく、「付随的条件」についてのたたき合いになる傾向がある（前述、Ⅲ4参照）。大規模小売業者は、納入業者のなかで、例えば協賛金をどれだけ出してくれるかで、納入業者を競わせ、いわゆる「協力的な」納入業者を選択することになる。

しかし、俗な表現を用いれば、大規模小売業者が、どれだけ納入業者から搾り取れるか、どれだけ買ったたけるかなどの競争方法に走ることは、独占禁止

法が維持しようとする「公正な競争」とは無縁のものである。

### 3 「不利益」の意味・解釈

#### (1) 大規模小売業者特殊指定7項

上述の（Ⅳ2参照）、押し付け販売や協賛金などについて、取引の相手方が適正な情報の提供を受け、冷静に計算し、あとで「もとがとれるだろう」と考えて要請を受け入れた場合には、不利益の押し付けとはいえない、という主張は、昭和30年代、百貨店の不当返品問題の頃から議論されてきた古い論点であり、現在では、この種の主張が誤りであることについては、既に決着がついているものである。

例えば、従業員等の派遣を例にとると、ある納入業者が、従業員等の派遣によって小売業者に恩を売っておけば、後で何らかの利益がもたらされるであろう、と期待して任意で（自由意思で）受け入れたとしても、優越的地位の濫用に当たる。この趣旨は、大規模小売業者特殊指定7項に明確に示されている<sup>64)</sup>。

同項は、「次の各号のいずれかに該当する場合を除き、自己等の業務に従事させるため、納入業者にその従業員等を派遣させ、又はこれに代えて自己等が雇用する従業員等の人件費を納入業者に負担させること」を不当とした上で、その1号・2号で以下のように、従業員等の派遣が違法とならない場合につき定めている。

一 あらかじめ納入業者の同意を得て、その従業員等を当該納入業者の納入に係る商品の販売業務（その従業員等が大規模小売業者の店舗に常駐している場合にあっては、当該商品の販売業務及び棚卸業務）のみに従事させる場合（その従業員等が有する販売に関する技術又は能力が当該業務に有効に活用されることにより、当該納入業者の直接の利益となる場合に限る。）

二 派遣を受ける従業員等の業務内容、労働時間、派遣期間等の派遣の条件についてあらかじめ納入業者と合意し、かつ、その従業員等の派遣の

---

64) 「大規模小売業者による納入業者との取引における特定の不正取引方法」（平成17年5月13日公取委告示第11号）。これについては、「大規模小売業者による納入業者との取引における特定の不正取引方法」の運用基準（事務総長通達第9号、平成17年6月29日）が发出されている。以下の記述については、舟田 [2009] 542頁以下をも参照。

ために通常必要な費用を大規模小売業者が負担する場合

すなわち、これら1号・2号が明示する例外許容に当たらない限り、仮に納入業者が従業員等の派遣によって何らかの利益があると考えて受け入れたとしても、優越的地位の濫用に当たるとされているのである。この例外許容の定め方は、かなり厳しいようにも見えるが、大規模小売業者特殊指定を定める際に寄せられた諸意見のなかで、納入業者側から、「より要件を厳格にするなどして、限定的にすべきではないか」、などさらに厳しい意見があったところである。

この大規模小売業者特殊指定7項に明示されているように、納入業者は、派遣のために通常必要な費用を納入業者が負担する場合は、当該派遣に直接つながる事由だけから、要請に応じることが自己の利益になるか否かを判断すべきであって、それは具体的には派遣がその従業員等の「技術又は能力が当該業務に有効に活用される」(1号括弧書き)ことが売上げ増に結び付くか否かという判断になるはずである。

それ以外に、派遣要請に応じておけば、別の面で利益をもたらすだろうなどという「間接的な利益」もあり得るであろうが、それはここにいう「利益」には当たらないと解されている。したがって、そのような間接的な利益の期待があるから、納入業者が当該派遣によって被る「不利益」(法2条9項5号ハ)が帳消しになるということはない<sup>65)</sup>。

これは、特殊指定の解釈であるが、平成21年改正で、優越的地位の濫用の規定が、独禁法2条9項5号に規定され、本号が適用された場合にも、同じ考え方によるべきものであると考えられる。

## (2) 「直接の利益」・「間接的な利益」

以上のことは、大規模小売業者と納入業者の間の継続的取引関係における濫用を念頭に置いた議論であるが、他の取引にも広げることが可能であり、特に、取引開始時において、濫用に当たる取引条件を提示された取引の相手方が、「短期的には不利益となっても、将来的にそれ以上の利益が見込まれる」と判断したからといって、「不利益」の要件を満たさなくなるわけではない。

優越的地位濫用ガイドライン(第4の1(1)、同2(1)、同3(2))は、上記の従業員等派遣や協賛金等を通じて、「当該取引の相手方が得る直接の利益

65) 粕淵功 [2005] 73頁参照。

（注12）等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えた負担となり、当該取引の相手方に不利益を与えることとなる」とし、この注には、「直接の利益」とは、……「実際に生じる利益をいい、協賛金を負担することにより将来の取引が有利になるというような間接的な利益を含まない」と述べられている。これは妥当な考え方であり、前記の大規模小売業者特殊指定の定めを受け継いでいるものである。

提示された取引条件がそれ自体として取引の相手方にとって不利益なものである場合でも、別途それを適切に償う「直接の利益」が明示された条件となっているのであれば、「あらかじめ計算できない不利益」（前出、優越的地位濫用ガイドライン第4、2(1)等）とはいえない。しかし、取引の相手方が、漠然と将来有利に取りはからってくれるだろうと考えた、などという不確実な「間接的な利益」だけであれば、「不利益」を打ち消すような要素ではないと解される。

### （3）「不利益」——「実質的自由志向」と「個別的成果志向」

（i）伊永大輔〔2014〕<sup>66)</sup>は、舟田〔2009〕の記述につき、「『不利益』を実質的には要件と見ない見解」として批判しているが、ここには誤解がある。

まず、解釈論としては、2条9項5号ハには、文言上、「不利益」とあり、これが濫用とするための要件であることは明白である。問題はその先にあるのであって、何が「不利益」なのか、あるいは、その判断はどのような観点からなされるべきか、である。前記の伊永大輔〔2014〕はこの問題には触れていないが、これこそが重要であり、舟田〔2009〕各所でも述べているが<sup>67)</sup>、以下簡単に再検討しよう。

（ii）まず、何が「不利益」なのか。

第一に、優越的地位の濫用の理論的把握のレベルにおいては、取引の相手方の取引の自由を不当に侵害していること自体が不利益である。濫用についての保護法益は、「実体的な不利益・利益」（例えば、ある商品の市場価格など客観的な評価による利益）ではなく、「取引の自由」、すなわち事業者・消費者が「自主的かつ自由に判断できる」ことそれ自体である<sup>68)</sup>。当該濫用行為によって、取引の相手方が客観的には利益を得たではないか、などの議論は成立しない。

66) 伊永大輔〔2014〕18頁以下参照。

67) 舟田〔2009〕第16章四、その要約として第17章冒頭を参照

68) 舟田〔2009〕531頁以下参照。

第二に、「解釈上も、……『不利益』の解釈に当たって、当該取引条件等を単に金銭的に評価して利益が均衡しているか、取引の相手方に不利益になっているか、ということだけをみるべきではない。」(下線、舟田)

すなわち、理論的把握のレベルとしては、「取引の相手方の取引の自由を不当に侵害していること自体が不利益」であるが、具体的な法適用の場面では、「取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定し、若しくは変更し、又は取引を実施すること」(2条9項5号ハ)に当たるか否かを判断しなければならない。

ある行為が、取引の相手方の取引の自由を不当に侵害しているか否かを判断するという理論的前提を踏まえ、その不当な侵害か否かは、具体的に、取引の相手方がどのような不利益を被るかについて当該取引の諸事情などを踏まえて判断する必要がある。当該行為が、取引の相手方に対しある取引条件等を強圧的に押し付けるものだとしても、それだけで濫用とするのではなく、不利益等の判断が必要となる、ということである。

他方で、「取引の相手方に不利益になっているか、ということだけをみるべきではない。」と述べたのは、例えば、「金銭的に評価して利益が均衡しているか」否かという観点だけから見ることを否定したものである(この点は次の(iii)で説明する)。

長澤哲也 [2015]<sup>69)</sup>も、舟田正之 [2009] について、「不利益の程度が軽微であり、合理的範囲を超えた不利益とは認められないような場合まで濫用行為として規制対象と」すると批判するが、これは上の理論的レベルと解釈論レベルを混同している<sup>70)</sup>。

(iii) 次に、上記第二の解釈論において、「不利益」の判断は具体的にどのような観点からなされるべきか？

舟田 [2009] では、次のような例を挙げていた。「例えば、押し付け販売において、当該商品が価格・品質等の点で実際に相手方の利益になる場合もあり得るであろう」<sup>71)</sup>。2条9項5号イ・ロは「不利益」を要件としてないが、それは押し付け販売等には当然「不利益」が内包されている、言い換えれば押し付け販売をされたこと自体が「不利益」に当たるからだと理解すべきであら

69) 長澤哲也 [2015] 109 頁以下。同書が批判するのは、舟田正之 [2009] 536 頁以下である。

70) 舟田 [2017a] 14 頁以下参照。

う。押し付け販売における「不利益」は、次のように理解される。

押し付け販売によって、取引の相手方が意に反して買わされた当該商品の市場価格が買値よりも高い場合、取引の相手方は不利益を受けていないといえるだろうか。取引条件（特に価格）を客観的にみれば、取引の相手方は得をしたということになるのでは、取引の相手方の側からすれば納得がいかないことである。取引の相手方は、そもそも当該商品を買おうと思わなかったのに買わされたのだから、その点で既に不利益を被ったというべきであろう。

伊永大輔〔2014〕（19頁）は、「主観を根拠として不当に『不利益』でないと言うことができない」と述べる。しかし、不利益か否かを、当事者の主観ではなく、客観的に見るべきだということが、前記引用の「単に金銭的に評価して利益が均衡しているか」ということであれば、押し付け販売で安く買えたのだから不利益はない、ということになりかねない。取引の相手方にとって不利益か否かが問題であって、当該押し付け販売に対し、行為者と取引の相手方の双方、あるいは当該市場における客観的な評価をなすべき局面ではないのである<sup>72)</sup>。

(iv) 上の点につき、別の例を挙げよう。再販売価格維持契約などの競争減殺型の取引において、「拘束的な条件を付けて取引契約をするけれど、その契約当事者の間では十分にペイされていて、対価が支払われている」場合にあって

---

71) 同書では、これ以外に、不当な「やり直し」の強制的仮設例も挙げておいた。放送番組製作委託において作成した番組を、委託者が合理的な理由なく、無償で改変するように強制し、その結果、当該番組が市場価値としてはより高く評価されることになったとしても、受託者にとっては「やり直し」を不当に強制されること自体が不利益になると解される。

72) 伊永大輔〔2014〕は、主観を根拠とすべきでないという主張の根拠として、雪印乳業事件＝審判審決昭52・11・28審決集24巻65頁を引く。すなわち、「本件払込制が、不当に『不利益』であるか否かは、その実施が卸売業者及び小売業者にとって、客観的に不利益であると認められるかどうかにより判断されるべきであるから、卸売業者及び小売業者の主観を根拠として不当に『不利益』でないと言うことができないことは、前記三（二）イの判断において述べたとおりである」（同審決84頁）。しかし、そこにおける「卸売業者及び小売業者の主観」とは、被審人の主張の中の、「被審人の販売方針に協力的であるか否かにより、支払金額に差別があるのではないかなどの心理的圧迫感を生じさせないことからも明らかであり、更に、卸売業者及び小売業者が本件払込制について何らの不利益を感じていない」という部分を斥けるためである。前記の記述のすぐ前には、本件払込制が、「被審人の販売方針に協力的であるかどうかにより、払い戻しについて被審人による差別があるのではないかとの心理的不安を抱かせることにより卸売業者及び小売業者の値引販売を抑制しうる機能を有している」と認定されている。この「心理的不安を抱かせる」ことは「不利益」を認める要素として認めているわけである。

は、契約当事者間での私益侵害は生じていない、という指摘が民法研究者から出されたことがある<sup>73)</sup>。

これをより具体的に、あるメーカー A が、安売りで儲けようとした販売業者 B に対し再販売価格維持行為を行い、B は出荷停止などを恐れて、それに従ったというケースで考えてみよう。B は、A の指示した価格で販売し、結果的には十分ペイした経営を行うことができ、仮に安売りをした場合の利益と同等あるいはそれ以上の利益をあげることができたとする。この場合、販売業者 B は客観的に金銭的に評価すれば、メーカー A の行為によって損害を受けていない。

しかし、前記の考え方によれば、A の独禁法違反行為によって、B の「取引の自由」は侵害され、また、不当に「不利益」を被ったと判断される。

再販売価格維持行為は、通説では競争減殺型の公正競争阻害性が認められるとするが、競争基盤の侵害型の公正競争阻害性もあり得ると解される<sup>74)</sup>。販売業者 B は、自己の判断で価格を決定しようとしたのに、メーカー A の強圧的な要請にししぶ応じたとすれば、「自主的かつ自由に判断」することを抑圧されたのであって、「取引の自由」を侵害され、不当に「不利益」を被ったと捉えられるからである。

上の仮設例には、民法上の私益（金銭的価値ないし交換価値）と独禁法の保護法益（「取引の自由」）の違いが現れている。A の再販行為によって、販売業者 B は金銭的な評価としての「損害」を受けていないとすれば、損害賠償請求は認められないであろう。もっとも、民法上もペイしているか否かだけを見るわけではないという立場をとるとしたら（差額説に対する損害事実説の立場）、「損害」があるとされる可能性があると考えられる。

(v) 独禁法の保護法益（「取引の自由」）と、交換価値（ないし市場価値）としての私益を区別すべきだということは、特に、優越的地位または（ドイツや EU 競争法における）市場支配的地位の濫用に対する規制に関し、重要な視点である。

優越的地位または市場支配的地位の濫用に対する規制の法価値的理論付けとして、次の3つを区別することができる<sup>75)</sup>。

---

73) 舟田 [2009] 533 頁以下の注 20、森田修 [2001] 参照。

74) 根岸哲 = 舟田 [2015] 258 頁以下参照。

- ① 「実質的自由志向」 = 各経済主体の実質的自由を確保しようとする方向
- ② 「個別的成果志向」 = 取引当事者間の利益配分を適正に確保しようとする方向
- ③ 「全体成果志向」 = 各経済主体間の利益の配分を修正して、国民経済全体の経済的成果を最良なものにしようとする方向

これらのうち、③「全体成果志向」は、ドイツにおける「経済力濫用防止令」（1923年）以来、欧州諸国の伝統的な濫用規制において採用されていた立場である。戦後制定されたドイツ競争制限禁止法の市場支配的事業者に対する濫用規制についても、産業界等は国民経済全体の利益に反する場合のみ発動されるべきだと主張していた。競争法理論において広く受容されてきた、「独占禁止主義」と「弊害規制主義」の対置<sup>76)</sup>における後者は、まさにこの立場である。

これに対し、ドイツのオルドー自由主義による濫用規制の理解は①「実質的自由志向」であり、日本の優越的地位濫用規制も同様であると考えられる。ここで「実質的自由」とは、「形式的自由」が国家に対する自由であって、内容のない、「何でもできる」自由とされていることとの対比で用いられている<sup>77)</sup>。独禁法報告〔1982〕における「競争基盤」＝「自由かつ自主的に判断することによって取引が行われているという、自由競争の基盤」は、「実質的自由」の確保を指していると理解される。

②「個別的成果志向」は、当事者間の客観的な利益配分を問題にするものであり、取引の相手方が本来享受すべき利益を行為者が取得することを是正するのが濫用規制の趣旨だと理解する。

EU競争法における搾取濫用規制においては、市場支配的地位にある事業者が、買い手に対し価格を不当に引き上げて超過利得を得ることを典型的ケースとして念頭に置いているようである。そうだとすれば、前記の②「個別的成果

---

75) 以下については、舟田〔2009〕161頁以下を参照。さらに、ドイツ競争制限禁止法における市場支配的地位の濫用規制につき、戸崎忠〔1978〕、小原喜雄〔1982〕、田中裕明〔2001〕44頁以下等も参照。

76) 例えば、今村成和〔1978〕27頁参照。有効競争論における市場構造・市場行動・市場成果の3分類における市場成果を直接問題にしようとする議論は、弊害規制主義に親近性をもつといえよう。これは特に適用除外カルテルを正当化する議論において明白に現れる。

77) 「実質的（な）自由」については、舟田〔2016〕で詳しく検討した。



志向」に基づく規制であって、日本の優越的地位濫用規制の考え方とは異なることになる<sup>78)</sup>。これは、EU 競争法では行為者の超過利益が要件とされ、日本の優越的地位濫用規制では取引の相手方の「不利益」が要件となる、という違いになって現れる。この違いは、直接の取引当事者間における単純な価格の引き上げ行為の場合は、超過利益と「不利益」が表裏一体なので特に問題となることはないが、それ以外の不当拘束等のケースでは、必ずしも表裏一体とはいえず、また殊に具体的な立証という場面で異なってくることもあり得よう。

(vi) 「不利益」は主観でなく客観的に評価すべきだという主張と同趣旨だとして挙げられているセブン—イレブン手数料收受行為強要差止等請求事件＝東京高判平成 24・6・20 (前出、本稿 I 7(4))において、「劣位にある者が経済的に不利益であると感じた後に、優越的地位にある者がこれを求めることが、直ちに侵越的地位の濫用に当たるとはいえない」(下線は舟田)<sup>79)</sup>、と判示されたというまとめ方は不正確である。

同判決は、フランチャイズ基本契約によって「法的義務」とされているから、深夜営業を勧めるよう求めることは優越的地位の濫用に当たらない、と判示したものであり、また、「不利益」に関する主観・客観について、「劣位にある者が経済的に不利益であると感じた」から優越的地位の濫用だとしたものではない。

なお、同判決が契約上の義務だから優越的地位の濫用に当たらないとしたことについては、もともと独禁法上の規制が私人間の契約を制限するものであることを理解していないものであって、到底賛成できない。

公取委のフランチャイズ・ガイドライン (3.) は、「フランチャイズ契約又は本部の行為が、フランチャイズ・システムによる営業を的確に実施する限度を超え、加盟者に対して正常な商慣習に照らして不当に不利益を与える場合に

78) 市場支配的地事業者による搾取濫用規制は、ドイツ法については本文で述べたように見解の対立があるが、EU 競争法におけるそれについては超過利益の規制に傾いているようである。これを明確に指摘したものではないが、越知保見 [2005] 572 頁以下、渡辺昭成 [2008]、渡辺昭成 [2009]、渡辺昭成 [2010]、田中裕明 [2016] 14 頁以下の「効果理論」または「効果に基づいたアプローチ」、笠原宏 [2016] 169 頁以下を参照。川濱昇 [2015] 139 頁は、EU 競争法における搾取濫用規制は「準レント」の配分問題で、競争水準における価格設定と乖離した部分を取引条件とする場合を対象とするということのようである。効率性・消費者厚生と不当高価格規制については、川濱昇 [1998] 23 頁をも参照。

79) 伊永大輔 [2014] 19 頁、26 頁注 49 参照。

は、独占禁止法第2条第9項第5号（優越的地位の濫用）に……該当することがある」とする。これは妥当な考え方であって、同事件についても、フランチャイズの基本契約による「法的義務」の範囲内か否かではなく、「フランチャイズ・システムによる営業を的確に実施する限度を超え」、「不当に不利益を与える」ものか否かについて、より具体的に判断すべきであったと考えられる<sup>80)</sup>。

#### (4) リスクの転嫁

下請関係における「定期的な単価改定のような事後の変更」や、「親事業者が倒産の危機にある場合に、下請事業者が納入価格の引下げという不利益を承諾すること」について、これらは下請事業者に「直接の利益」をもたらすものではなく、「不利益」を与えるものであるが、「取引の相手方が得る直接の利益等を勘案して、合理的であると認められる範囲を超えた負担」（前出、優越的地位濫用ガイドライン）とは言い難いから、画一的に否定される商慣習ではない、という意見がある<sup>81)</sup>。

しかし、これらの行為は、行為者側の一方的な事情によって、不利益を取引の相手方に押し付ける性格を有している。たしかに、「画一的に否定される商慣習ではない」とはいえるかもしれないが、定期的な単価改定が「最終製品の価格下落が激しい事業分野において」少なからず実施されているとしても、個別に不当性の有無を判断されるべきであって、最終製品の価格下落があるからといって、直ちに「定期的な単価改定」が認められるものではないであろう。

また、「親事業者が倒産の危機にある場合」も、親事業者の経営が苦しいからそれを助けることが下請事業者の利益になると直ちに判断されるものでもない。これらの理由による下請価格の引下げは、実際によく行われる行為であっても、取引の相手方に一方的に不利益を押し付け、「直接の利益」もないことは明らかであり、「正常な商慣習」を特に持ち出して濫用という評価を否定する理由はないと思われる。前出の歩積両建預金や損失補填なども、かつて広く商慣習として行われていたが、独禁法の規制によって違法とされるべきものであることも想起される。

これらの行為は、下請関係における親事業者の経営上のリスクを、取引の相

---

80) 長谷河亜希子 [2012b] を参照。

81) 伊永大輔 [2014] 18 頁参照。

手方（下請事業者）に一方的に転嫁する性格を有している。独占的な大企業が支配的になる現代経済の下では、「独占的企業や組織は、原則として経済的リスクを取引相手に転嫁する」と指摘されている<sup>82)</sup>。

優越的地位の濫用に対する規制は、取引の相手方に対し直接的に不利益を与えることにとどまらず、事業リスクの不当な転嫁にも及ぶべきであると思われる。

---

82) 舟田 [2014] 79 頁以下参照。これは原島重義 [2011] からの引用である。なお、ここで「リスクの転嫁」とは、文字通りの狭い意味だけではなく、取引の相手方がリスクに対処する機会を失わせるような行為、または、あらかじめ計算・予測できない不利益を課すことをも含むとすべきである。川濱昇 [2010] 289 頁参照。

## 文 献

\* 50音順。括弧内の数字は公刊年。引用する場合は、矢印（→）の後に示した略語（姓名と刊行年）で記載した。

- 青木浩子「〔判批〕福岡高判平成23・4・27」平成23年度重判解115頁以下（2012）  
→ 青木浩子 [2012]
- 秋吉信彦「民事訴訟における優越的地位の濫用」ジュリ1442号56頁以下（2012）  
→ 秋吉信彦 [2012]
- 池田 毅「独禁法事例速報 日本トイザラス事件」ジュリ1485号6頁以下（2015）  
→ 池田毅 [2015]
- 石垣浩晶「優越的地位濫用規制の経済分析」NBL985号43頁以下（2012）
- 石田英遠「建設機械の技術導入にかかる国際契約違反事件」公正取引376号20頁以下（1982）→ 石田英遠 [1982]
- 今村成和『独占禁止法〔新版〕』（有斐閣，1978）→ 今村成和 [1978]
- 岩原伸作「銀行取引における顧客の保護」鈴木祿弥＝竹内昭夫（編）『金融取引法大系（1）』（有斐閣，1983）141頁以下 → 岩原伸作 [1983]
- 上村達男「証券会社の損失補填」ジュリ1030号23頁以下（1993）  
→ 上村達男 [1993a],
- 上村達男「野村証券損失補填代表訴訟判決の法的検討」商事1335号2頁以下（1993）→ 上村達男 [1993b]
- 上村達男「〔判批〕野村証券損失補填株主代表訴訟事件＝最判平成12・7・7」独禁法判例百選（第5版）158頁以下（1997），同〈第6版〉250頁以下（2002）
- 内田耕作「消費者取引と優越的地位の濫用規制（2）（3・完）」彦根論叢347号21頁以下，349号1頁以下（2004）→ 内田耕作 [2004]
- 梅澤 拓「金融機関と優越的地位の濫用」ジュリ1442号50頁以下（2012）  
→ 梅澤拓 [2012]
- 大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣，1995）→ 大村敦志 [1995]
- 大録英一「ホールドアップ問題と優越的地位の濫用（1）～（4・完）」公正取引487号～492号（1991）→ 大録英一 [1991]
- 岡田外司博「下請法をめぐる検討」日本経済法学会年報49号34頁以下（2006）
- 岡田外司博「優越的地位の濫用規制の最近の展開」日本経済法学会年報35号3頁以下（2014）→ 岡田外司博 [2014]
- 岡室博之＝伊永大輔「優越的地位濫用の規制趣旨と要件該当性」岡田羊祐ほか（編著）『独禁法審判決の法と経済学』（東京大学出版会，2017）249頁以下

- 奥島孝康「〔判批〕岐阜商工信用組合事件＝最判昭和52・6・20」独禁法百選（第4版）204頁以下（1991）→ 奥島孝康 [1991]
- 押久保倫男「職業の自由と私法関係——代理商決定」ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの最新憲法判例』（信山社出版，1999）242頁以下  
→ 押久保倫男 [1999]
- 押久保倫男「職業の自由と私法関係——代理商決定」ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの憲法判例2（第2版）』（信山社出版，2006）265頁以下  
→ 押久保倫男 [2006]
- 小田切宏之『イノベーション時代の競争政策 研究・特許・プラットフォームの法と経済』（有斐閣，2016）→ 小田切宏之 [2016]
- 越知保見『日米欧独占禁止法』（商事法務，2005）→ 越知保見 [2005]
- 越知保見「流通激変の環境下における優越的地位の濫用規制の新たな課題——『優越的地位』の源泉は何か」公正取引724号24頁以下（2011）  
→ 越知保見 [2011]
- 小原喜雄「独占の高価格の規制について」今村成和退官記念『公法と経済法の諸問題（下）』（有斐閣，1982）431頁以下 → 小原喜雄 [1982]
- 利部脩二「不当な拘束預金の規制」企業法研究268輯13頁以下（1978）  
→ 利部脩二 [1978]
- 笠原 宏『EU競争法』（信山社，2016）→ 笠原宏 [2016]
- 粕淵 功『大規模小売業告示の解説』（商事法務，2005）→ 粕淵功 [2005]
- 金井貴嗣「いわゆる両建預金の独禁法上の違法性と独禁法違反行為の私法上の効力」法学新報84巻10号239頁以下（1978）→ 金井貴嗣 [1978]
- 金井貴嗣＝川濱昇＝泉水文雄編『独占禁止法』（弘文堂，第5版，2015）  
→ 金井貴嗣ほか [2015]
- 金子晃ほか「座談会：歩積・両建預金の法律問題」ジュリ648号85頁以下（1977）  
→ 金子晃ほか [1997]
- 川濱 昇「競争秩序と消費者」ジュリ1139号22頁以下（1998）→ 川濱昇 [1998]
- 川濱 昇「セブンイレブン・ジャパン優越的地位の濫用事件」平成21年度重判解287頁以下（2010）→ 川濱昇 [2010]
- 川濱 昇「近時の優越的地位の濫用規制について」公正取引769号2頁以下（2014）  
→ 川濱昇 [2014]
- 川濱 昇（発言）「平成26年度シンポジウムの記録」日本経済法学会年報36号138頁以下（2015）→ 川濱昇 [2015]
- 韓 都律「優越的地位の濫用（1）・（2）」立教法学84号94頁以下，85号224頁以下（2012）→ 韓都律 [2012]

取引開始時における優越的地位の濫用（舟田正之）

神崎克郎＝江頭憲治郎＝芝原邦爾「座談会：損失補填問題と証券取引法」ジュリ 989号 14 頁以下（1991）→ 神崎克郎ほか [1991]

岸井大太郎「ドイツ競争法における『業績競争（Leistungswettbewerb）』理論」法学志林 83 卷 1 号 1 頁以下、4 号 61 頁以下（1985-86）→ 岸井大太郎 [1985-86]

岸井大太郎「西ドイツにおける不公正な取引方法の規制」『独占禁止法講座 V 不公正な取引方法（上）』（商事法務研究会，1985）41 頁以下 → 岸井大太郎 [1985]

金融取引における公正（fairness）の概念に関する法律問題研究会報告書「金融取引における公正（fairness）の概念」金融研究 18 卷 5 号 1 頁以下（1999）→ 金融

取引における公正（fairness）の概念に関する法律問題研究会報告書 [1999]

栗田 誠「〔判批〕資生堂東京販売事件・花王化粧品販売事件＝最判平成 10・12・18」経済法百選（第 1 版）158 頁以下（2010）→ 栗田誠 [2010]

黒沼悦郎「〔判批〕野村証券損失補填株主代表訴訟事件＝最判平成 12・7・7」経済法百選（第 2 版）246 頁以下（2017）→ 黒沼悦郎 [2017]

公取委・独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」田中寿編『不公正な取引方法』（商事法務研究会，1982）→ 独禁法報告 [1982]

公取委・競争政策研究センター『諸外国における優越的地位の濫用規制等の分析』（2014）→ 競争政策研究センター [2014]

國分典子「民事裁判所による保証契約の内容統制と基本権規定の私人間効力——連帯保証決定」ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの最新憲法判例』（信山社出版，1999）306 頁以下 → 國分典子 [1999]

小室尚彦＝土平峰久「不公正な取引方法——優越的地位の濫用」商事法務 2080 号 69 頁以下（2015）→ 小室尚彦＝土平峰久 [2015]（後に，山崎恒＝幕田英雄（監修）『論点解説 実務独占禁止法』178 頁以下（商事法務，2017）に収録）

小山 剛『基本権保護の法理』（名城大学法学会，1998）→ 小山剛 [1998]

小山 剛『基本権の内容形成』（尚学社，2004）→ 小山剛 [2004]

小山 剛「憲法は私法をどこまで縛るのか——憲法の優位と私法の独自性」新世代法政策学研究 11 号 23 頁以下（2011）→ 小山剛 [2011]

伊永大輔「優越的地位濫用の成立要件とその意義」日本経済法学会年報 35 号 11 頁以下（2014）→ 伊永大輔 [2014]

伊永大輔「大規模小売業告示から見る優越的地位濫用規制のあり方」金井貴嗣＝土田和博＝東條吉純（編）『経済法の現代的課題』舟田古稀祝賀（有斐閣，2017）395 頁以下 → 伊永大輔 [2017]

近藤光男＝吉原和志＝黒沼悦郎『証券取引法入門（新訂版）』（商事法務研究会，1999）→ 近藤光男＝吉原和志＝黒沼悦郎 [1999] 259 頁以下

斎藤高広「近時の優越的地位濫用規制をめぐる動向と課題」公正取引 805 号 2 頁以

下 (2017)

- 佐藤吾郎「証券取引法上の不当性について——損失補填問題を契機として」上智法学論集 38 卷 1 号 131 頁以下 (1994) → 佐藤吾郎 [1994]
- 実方謙二「銀行取引と独禁法」鈴木祿弥=竹内昭夫(編)『金融取引法大系(1)』(有斐閣, 1983) 291 頁以下 → 実方謙二 [1983]
- 柴田潤子「〔判批〕日本トイザラス事件=公取委審判審決平成 27・6・4」公正取 779 号 59 頁以下 (2015) → 柴田潤子 [2015]
- 白石忠志=長澤哲也=伊永大輔「鼎談 優越的地位濫用をめぐる実務的課題」ジュリ 1442 号 16 頁以下 (2012) → 白石忠志=長澤哲也=伊永大輔 [2012]
- 正田 彬『全訂 独占禁止法 I』(日本評論社, 1980) → 正田彬 [1980]
- 杉浦市郎「即時両建預金を条件とする貸付と独禁法違反」民商 78 卷 3 号 375 頁以下 (1978) → 杉浦市郎 [1978]
- 杉浦市郎「優越的地位の濫用規制——大規模小売業とフランチャイズを中心に」日本経済法学会年報 49 号 59 頁以下 (2006)
- 泉水文雄「〔判批〕岐阜商工信用組合事件=名古屋高判昭和 61・10・15」昭和 61 年度重判解 237 頁以下 (1987) → 泉水文雄 [1987]
- 泉水文雄「経済法判例・審決の動き」平成 24 年度重判解 234 頁以下 (2013) → 泉水文雄 [2013]
- 田尾桃二「畑屋工機事件=名古屋地判昭 49・5・29」独禁法百選(第 2 版) 235 頁以下 (1977) → 田尾桃二 [1977]
- 滝川敏明「優越的地位の濫用——限定基準と事件例」公正取引 655 号 29 頁以下 (2005) → 滝川敏明 [2005]
- 多田敏明「銀行業と『優越的地位の濫用』の再検討」金融法務事情 1804 号 34 頁以下 (2007) → 多田敏明 [2007]
- 龍田 節「〔判批〕野村証券損失補填事件=東京地判平成 5・9・16」商事法務 1454 号 28 頁以下 (1997) → 龍田節 [1997]
- 田中裕明『市場支配力の濫用と規制の法理』(嵯峨野書院, 2001) → 田中裕明 [2001]
- 田中裕明『市場支配力濫用規制法理の展開』(日本評論社, 2016) → 田中裕明 [2016]
- 田村次郎ほか「座談会 優越的地位の濫用に関する実務上の問題点」NBL 990 号 30 頁以下 (2012)
- 丹宗昭信「〔判批〕畑屋工機事件=名古屋地判昭 49・5・29」判例評論 201 号 24 頁以下 (1975) → 丹宗昭信 [1975]
- 千葉恵美子「フランチャイズ契約締結段階におけるフランチャイザーの情報提供義

取引開始時における優越的地位の濫用（舟田正之）

務）NBL 835 号 12 頁以下（2006）→ 千葉恵美子 [2002]

土田和博「憲法と経済法——経済法の憲法学的基礎構造」日本経済法学会編『経済法講座 経済法の理論と展開』（三省堂, 2002）16 頁以下 → 土田和博 [2002]

戸崎 忠「西ドイツにおける市場支配的企業の濫用監視と価格規制」青山社会科学紀要 7 卷 1 号 15 頁以下（1978）→ 戸崎忠 [1978]

中川晶比兒「〔判批〕セブン—イレブン手数料収受行為強要差止等請求事件＝東京高判平成 24・6・20」ジュリ 1451 号 4 頁以下（2013）→ 中川晶比兒 [2013]

中里和浩「優越的地位の濫用規制の現状及び今後の課題——フランチャイズ・システムの問題を中心として」経済科学論究 8 号 141 頁以下（2011）

→ 中里和浩 [2011]

長澤哲也『優越的地位濫用規制と下請法の解説と分析』（商事法務, 第 2 版, 2015）

→ 長澤哲也 [2015]

中田裕康『継続的売買の解消』（有斐閣, 1994）→ 中田裕康 [1994]

中田裕康『継続的取引の研究』（有斐閣, 2000）→ 中田裕康 [2000]

根岸 哲「民法と独占禁止法（上）（下）」法曹時報 46 卷 1 号 1 頁以下, 同 2 号 207 頁以下（1994）→ 根岸哲 [1994]

根岸 哲「優越的地位の濫用に係る諸論点」日本経済法学会年報 49 号 21 頁以下（2006）

根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説』（有斐閣, 初版, 2000）

→ 根岸哲＝舟田 [2000]

根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説』（有斐閣, 第 5 版, 2015）

→ 根岸哲＝舟田 [2015]

洞雛俊夫＝大軒敬子＝田村次朗「近時の優越的地位の濫用にかかる審判・審決」NBL 1064 号 20 頁以下（2015）

長谷河亜希子「フランチャイズ・システムと優越的地位の濫用（1）～（3・完）」公正取引 721 号 9 頁以下, 723 号 71 頁以下, 724 号 69 頁以下（2010-11）

→ 長谷河亜希子 [2010-11]

長谷河亜希子「〔判批〕セブン—イレブン損害賠償請求事件＝福岡地判平成 23・9・15」ジュリ 1438 号 94 頁以下（2012）→ 長谷河亜希子 [2012a]

長谷河亜希子「〔判批〕セブン—イレブン手数料収受行為強要差止等請求事件＝東京地判平成 23・12・22」TKC ローライブラリー—経済法 No.38（2012）

→ 長谷河亜希子 [2012b]

長谷河亜希子「近時の優越的地位の濫用規制について」公正取引 781 号 2 頁以下（2015）→ 長谷河亜希子 [2015a]

長谷河亜希子「フランチャイズ本部の濫用行為とその法規制」日本経済法学会年報



- 36号117頁以下(2015) → 長谷河亜希子 [2015b]
- 長谷川新「〔判批〕野村証券損失補填事件=勸告審決平成3・12・2」経済法百選134頁以下(2010) → 長谷川新 [2010]
- 長谷川新「〔判批〕野村証券損失補填株主代表訴訟最高裁判決——最判平成12・7・7」ジュリ1192号220頁以下(2001) → 長谷川新 [2001a]
- 長谷川新「〔判批〕日興証券損失補填株主代表訴訟控訴審判決——東京高判平成11・2・23」ジュリ1212号114頁以下(2001) → 長谷川新 [2001b]
- 原島重義『市民法の理論』(創文社, 2011) → 原島重義 [2011]
- 林 秀弥「消費者取引と優越的地位の濫用規制」NBL 981号116頁以下(2012) → 林秀弥 [2012]
- 林 秀弥「消費者取引と優越的地位の濫用規制」千葉恵美子ほか(編著)『集团的消費者利益の実現と法の役割』(商事法務, 2014) 238頁以下 → 林秀弥 [2014]
- 樋口 徹「優越的地位の濫用規制-審決例を中心として」名古屋経済大学企業法法制研究所[編]・企業法研究12号105頁以下(2000) → 樋口徹 [2000]
- 平山賢太郎「取引開始時における優越的地位とその濫用」Business law journal 9巻12号100頁以下(2016) → 平山賢太郎 [2016]
- 平山賢太郎「優越的地位の濫用——日本トイザラス審決」法学教室437号30頁以下(2017)
- 藤田 稔「優越的地位の濫用規制に関する考察」金井貴嗣=土田和博=東條吉純(編)『経済法の現代的課題』舟田古稀祝賀(有斐閣, 2017) 377頁以下 → 藤田稔 [2017]
- 瀧川和彦「〔判批〕日本トイザラス事件=公取委審判審決平成27・6・4」ジュリ1487号79頁以下(2015) → 瀧川和彦 [2015]
- 舟田「〔判批〕岐阜商工信用組合事件=最判昭和52・6・20」公正取引331号40頁以下(1978) → 舟田 [1978]
- 舟田『不公正な取引方法』(有斐閣, 2009) → 舟田 [2009]
- 舟田『放送制度と競争秩序』(有斐閣, 2011) → 舟田 [2011]
- 舟田「独禁法違反の法律行為」行政判例百選〔1〕(第6版) 30頁以下(2012) → 舟田 [2012]
- 舟田「経済法序説(1)」立教法学90号1頁以下(2014) → 舟田 [2014]
- 舟田「経済法序説(4)」立教法学94号197頁以下(2016) → 舟田 [2016]
- 舟田「『公正な競争』と取引の自由」舟田正之=土田和博(編著)『独占禁止法とフェアコンミ-』(日本評論社, 2017) → 舟田 [2017a]
- 舟田「事業法と独禁法」立教法学96号163頁以下(2017) → 舟田 [2017b]
- 星野英一「現代における契約」『現代法8』(岩波書店, 1966) → 星野英一 [1966]

取引開始時における優越的地位の濫用（舟田正之）

- 本城 昇「情報の非対称性と優越的地位の濫用規制—消費者取引との関連の考察—」  
公正取引 507 号 30 頁以下（1993）→ 本城昇 [1993]
- 森田 修（発言）「座談会 特集・独占禁止法と民事法（上）」民商法雑誌 124 巻 4・  
5 号 466 頁以下（2001）→ 森田修 [2001]
- 森平明彦「ドイツ競争法制における『利益強要（Anzapfen）』の禁止（1）・（2）」高  
千穂論叢 47 巻 1 号 69 頁以下，同 2 号 1 頁以下（2012）→ 森平明彦 [2012]
- 森平明彦「ドイツ酪農乳業における需要力の濫用——連邦カルテル庁による調査報  
告の検討」高千穂学園創立 110 周年記念論文集 I（2013）
- 森平明彦「ドイツにおける需要力の規制理論——競争法学説についての近時の展開」  
高千穂論叢 47 巻 4 号 1 頁以下（2013）→ 森平明彦 [2013]
- 森平明彦「需要力濫用規制の新展開——英国綱領審判官制度の検討」高千穂論叢 49  
巻 1 号 1 頁以下（2014）→ 森平明彦 [2014]
- 森平明彦「相対的市場力の濫用と公正な競争秩序」金井貴嗣＝土田和博＝東條吉純  
（編）『経済法の現代的課題』舟田古稀祝賀（有斐閣，2017）303 頁以下  
→ 森平明彦 [2017]
- 山下友信＝神田秀樹（編）『金融商品取引法概説』（有斐閣，第 2 版，2017）  
→ 山下友信＝神田秀樹（編）[2017]
- 山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣，2000）→ 山本敬三 [2000]
- 山本裕子「金融機関による押付け販売」法學新報 117 巻 7・8 号 871 頁以下（2011）  
→ 山本裕子 [2011]
- 山本裕子「〔判批〕セブン－イレブン手数料收受行為強要差止等請求事件＝東京高判  
平成 24・6・20」平成 24 年度重判解 256 頁以下（2013）→ 山本裕子 [2013]
- 横田直和「〔判批〕日本トイザラス事件＝公取委審判審決平成 27・6・4」關西大學法  
學論集 66 巻 3 号 597 頁以下（2016）→ 横田直和 [2016]
- 吉原省三「拘束預金を条件とした貸付取引の効力—岐阜商工信用組合事件」判タ 367  
号 69 頁以下（1978）→ 吉原省三 [1978]
- 若杉隆平「第 5 章 不公正な取引方法に関する規制（1）：不当廉売及び優越的地位  
の濫用・下請取引」後藤晃＝鈴木興太郎編『日本の競争政策』（東京大学出版会，  
1999）→ 若杉隆平 [1999]
- 若林亜里砂「セブン－イレブン独占禁止法 25 条訴訟について——東京高判平成 25・  
8・30 判時 2209 号 10 頁」公正取引 769 号 33 頁以下（2014）
- 若林亜里砂「優越的地位の濫用規制をめぐる近年の動向について」公正取引 793 号 2  
頁以下（2016）→ 若林亜里砂 [2016]
- 若松良樹「行動経済学とパターナリズム」平野仁彦＝亀本洋＝川濱昇（編）『現代法  
の変容』（有斐閣，2013）445 頁以下 → 若松良樹 [2013]

和久井理子「技術標準化、パテントプールと独禁法」日本工業所有権法学会年報 26号 41 頁以下 (2002) → 和久井理子 [2002]

渡辺昭成「EC 条約 82 条における超過価格設定の概念」国士館法学 41 号 144 頁以下 (2008) → 渡辺昭成 [2008]

渡辺昭成「EC 条約 82 条における超過価格設定の概念の展開」最先端技術関連法研究 8 号 67 頁以下 (2009) → 渡辺昭成 [2009]

渡辺昭成「超過価格設定に対する優越的地位の濫用規制の適用」日本経済法学会年報 31 号 123 頁以下 (2010) → 渡辺昭成 [2010]